DIE UEBERGABE EINES SCHLUSZSCHEINES

MIT DER KLAUSEL

„AUFGABE VORBEHALTEN"

DURCH DEN MÄKLER.

EINE HANDELSRECHTLICHE UNTERSUCHUNG.

INAUGURAL-DISSERTATION

VERFASST UND DER

HOHEN RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FACULTÄT

DER

KGL. BAYER. JULIUS-MAXIMILIANS-UNIVERSITÄT

WÜRZBURG

ZUR

ERLANGUNG DER RECHTS- UND STAATSWISSEN-SCHAFTLICHEN DOCTORWÜRDE

VORGELEGT VON

HERMANN HAASS

AUS **STUTTGART.**

ACAD. LAND BAT. KIEL

TRAUNSTEIN.

BUCHDRUCKEREI ED. LEOPOLDSEDER.

1907.

Referent: Professor Dr. E. Mayer.

Dem Andenken
meines lieben Vaters
gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549805_0012

Inhalt:

Seite

Einleitung 7

I. Teil: Der ökonomische Tatbestand . . . 8

§ 1. Geschichtliche Entwickelung des Mäklerwesens 8

§ 2. Der heutige deutsche Handelsmäkler und die Geschäfte an Aufgabe 14

II. Teil: Die juristische Konstruktion . . . 17

Cap. I: Stellung des Handelsmäklervertrags mit der Klausel „Aufgabe vorbehalten" im Rechtssystem 18

§ 3. Zivilmäkler und Handelsmäkler . . . 18

§ 4. Der handelsrechtliche Mäklervertrag insbesondere 22

§ 5. Fortsetzung 26

§ 6. Fortsetzung 30

Cap. II: Die Vorschriften des § 95 H. G. B. für den Handelsmäklervertrag mit der Klausel „Aufgabe vorbehalten" 32

§ 7. Der Rechtszustand vor dem neuen Handelsgesetzbuch 32

§ 8. Die Übergabe eines Schlußscheines mit der Klausel „Aufgabe vorbehalten" durch den Mäkler 37

§ 9. Bedeutung der Annahme eines Schlußscheines mit vorbehaltener Aufgabe der Gegenpartei 42

§ 10. Die Bezeichnung des Dritten . . . 52

§ 11. Anhang: Die Bedeutung der gefundenen juristischen Konstruktion im Konkurse . 58

Die benützte Literatur ist jeweils in den Fußnoten angegeben. Außer den üblichen

Abkürzungen

wurden folgende verwendet:

Behrend = Schlußnoten mit vorbehaltener Aufgabe in der Deutschen Juristenzeitung 1904 S. 371 ff.

Cohen = die juristische Natur des Handelsmäklervertrags von Dr. jur. S. Cohen in der Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, XV. Jahrgang S. 248—251.

Cosack B. R. = Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts von Konrad Cosack, IV. Auflage.

Düringer-Hachenburg = Commentar zum H. G. B. von Düringer und Hachenburg.

Endemann = Das bürgerliche Gesetzbuch von Endemann, 3. Auflage.

Gareis H. G. B. = Handausgabe des H. G. B. von Karl Gareis, 3. Auflage.

Gareis Lehrb. = Das Deutsche Handelsrecht von Karl Gareis, 7. Auflage.

Goldmann = Commentar z. H. G. B. von Goldmann.

Laband = in Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft (von Beseler, Reyscher und Stobbe) 20. Band 1861 S. 1 ff.

Lehmann-Ring = Commentar zum H. G. B. von Lehmann und Ring.

Levy von Halle = in Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im deutschen Reich. Neue Folge 16 b Jahrgang 4. Heft.

Martens = Martens vom Ursprung des Wechselrechts 1797.

Makower = Commentar zum H. G. B. von Makower. 13. Aufl.

Pfleger = Artikel „Maklerwesen" von Pfleger im Handwörterbuch der Staatswissenschaften, 2. Aufl.

Riesenfeld = Der Zivilmäkler von Riesenfeld in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts, Bd. 36 und 37.

Silberrad = Silberrad de sensalibus vulgo Mäklern, Altorf 1711.

Staub = Commentar zum H. G. B. von Staub, 8. Aufl.

Weber = Börsenenquête von Weber in d. Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (Goldschmidt) Jahrg. 43. S. 158 ff.

Einleitung.

In kaum einem anderen Gebiete unseres Rechtslebens hat die Gewohnheit eifriger und fruchtbarer rechtsbildend gewirkt als im Bereiche des Handelsrechts. Mag dies seinen Grund darin haben, daß die Bedürfnisse des Handels in früheren Zeiten nicht genügend erkannt und daher von der Gesetzgebung vernachlässigt wurden; mag dies auch daran liegen, daß, besonders in dem letzten Jahrhundert, die Technik des Handels mit dem ungeahnten Fortschritt der Verkehrsverhältnisse rascher gewachsen ist und sich schneller geändert hat, als daß die Gesetzgebung im gleichen Schritt folgen konnte; sicher ist, daß sich der Handel ein eigenes Sondergewohnheitsrecht geschaffen hat, das, gestützt und getragen von dem Grundsatz von Treu und Glauben im Verkehr, rascher und oft auch sicherer, als dies dem Gesetzgeber möglich gewesen wäre, das festlegen und festsetzen konnte, was den allgemeinen Handelsbedürfnissen entsprach. Manche dieser Gewohnheitsregeln sind in kurze Worte, Klauseln, gekleidet, bei deren Anwendung im Handesverkehr die allen Handelspersonen bekannten, durch langjährige Handelssitte zum allgemein für bindend erachteten Rechtssatz gewordenen Vereinbarungen als getroffen gelten.

Manche dieser Klauseln, oder, besser ausgedrückt, manche der Geschäfte, in denen nach Handelsbrauch solche Klauseln angewendet werden, sind aber doch schon im Gesetz geregelt worden. Freilich oft nur in den Hauptgrundzügen, wobei es dann der Praxis und

Wissenschaft überlassen blieb, die juristische Konstruktion solcher Klauseln und Geschäfte festzustellen, um in Fragen, wo die gesetzlichen Bestimmungen Lücken lassen, die richtige und dem Wesen der betreffenden Rechtsverhältnisse am meisten entsprechende Beurteilung zu finden.

Im Folgenden soll dies für die Klausel

»Aufgabe vorbehalten«,

die beim Handelsmäklervertrag besonders im Börsenverkehr nicht selten vorkommt, versucht werden, indem zunächst der ökonomische Tatbestand ermittelt und sodann das ganze sehr wichtige Institut rechtlich konstruiert wird; dabei sollen Literatur und Judikatur berücksichtigt und jener Ansicht beigetreten werden, die, theoretisch haltbar, dem Grundgedanken des Handels, Treu und Glauben, am meisten Rechnung trägt.

I. Teil.

Der ökonomische Tatbestand.

Bevor der ökonomische Tatbestand, die Schilderung der Umstände und Geschäftsverhältnisse, unter denen unsere Klausel vorkommt, kurz dargelegt werden kann, seien einige Zeilen der geschichtlichen Entwickelung des Mäklerwesens mit besonderer Berücksichtigung der Entstehung der Klausel »Aufgabe vorbehalten«, gewidmet.

§ 1.

Geschichtliche Entwickelung des Mäklerwesens.

Die Geschichte des Mäklerwesens ist noch wenig geklärt — nicht zum Geringsten eine Folge des Umstandes, daß der Mäklervertrag von Seiten der Gesetzgebung stets sehr vernachlässigt wurde.

Schon bei den Griechen gab es Personen, welche

den Abschluß von Handelsgeschäften und Verträgen aller Art zu vermitteln hatten[1]); Silberrad[2]) weist nach, daß das Wort proxeneta aus dem Griechischen stammt: »Graecum enim est προξενητὴς a πρόξενος hospes sive a verbo: προξενέω, νῶ, i. e. hospes publicus sum, vel hospitio excipio nomine civitatis. Hinc προξενία, hospitalis amicitia, et noster proxeneta«.

Bei den Römern waren die Mäkler von besonderer Wichtigkeit im Handelsverkehr bei Geldgeschäften[3]). Das Mäklergewerbe war vollständig freigegeben und entwickelte sich bald dahin, daß anständige Leute sich davon zurückzogen; besonders die Heiratsvermittler trieben ihr Unwesen dergestalt, daß die Gesetzgebung gegen sie zum Einschreiten veranlaßt wurde[4]). Abgesehen hievon war aber die Mäklertätigkeit nur durch die Vorschrift Dig. tit. 50, 14 de proxeneticis sehr unvollkommen geregelt; gegen seinen Auftraggeber hatte der Mäkler zur Erlangung des Lohnes nur eine extraordinaria cognitio. Deshalb hat der Auftraggeber auch keine Klage gegen den Mäkler auf Ausführung der übernommenen Vermittelung[5]).

Die Behandlung, die der römisch-gemeinrechtliche Mäklervertrag von der Wissenschaft erfuhr, war infolge dieser mangelhaften Regelung eine verschiedene; die einen rechneten ihn zum mandatum; dem widersprach aber die prinzipielle Unentgeltlichkeit des mandatum (»mandatum nisi gratuitum nullum est« Paulus L I. § 4 D), während der Lohn ein Essentiale des Mäklervertrags bildet; andere unterstellten ihn der locatio conductio operarum; im römischen Recht konnte aber die Tätigkeit des Mäklers als eine »ars« nicht den operae beigezählt

---

[1]) Gareis, Lehrb. § 53.
[2]) Silberrad de sensalibus Cap. I § 4.
[3]) Laband S. 11: Seneca de benef. II 23, III 15 Epistol. 119, L. 3. D. h. t.
[4]) vgl. Laband S. 3 und die dort zitierten Quellen.
[5]) Cohen S. 149.

werden[6]). Wieder andere hielten den Mäklervertrag für einen Innominatkontrakt, für den aber keine actio in factum, wie sonst bei den Innominatkontrakten, gegeben war.

Die Entwickelung des Mäklerwesens im Mittelalter gestaltete sich zu einer von den römischen Verhältnissen gänzlich verschiedenen. Es entstand das Institut der amtlichen Handelsmäkler. Laband[7]) weist nach, daß der Grund hiefür in dem gemeinrechtlichen Prozeßrechte lag. Nurmehr solche Verträge wurden für giltig angesehen oder konnten als zu Recht bestehend nachgewiesen werden, die vor einer amtlich, sei es durch die Behörde oder die Kaufmannschaft, aufgestellten Urkundsperson zu Stande kamen. Diese Urkundspersonen entwickelten sich allmählich zu Vermittlern; ihre Geschäftsgewandtheit wuchs mit der Zahl der Verträge, an deren Schließung sie beteiligt waren. So entstand bald ein Vermittlermonopol, das durch die zunftmäßige Regelung des Mäklergewerbes nur begünstigt wurde. Doch war diese Entwickelung zwar eine Folge des gemeinen Prozeßrechtes, nicht dagegen ein gemeinrechtliches Institut; vielmehr war das Mäklerwesen in den verschiedenen Partikularrechten verschieden geregelt; das gemeine Recht wußte nichts von Mäklern als öffentlichen Urkundspersonen[8]).

Schon im Mittelalter wurden Mäklerordnungen mit Taxen erlassen, so in Barcelona[9]) 1251; in Hamburg sind Mäkler schon 1288 und 1300 nachweisbar[10]), um 1350 beschäftigte sich bereits die Gesetzgebung mit ihnen. Die erste ausführliche Hamburger Mäklerordnung stammt allerdings erst aus dem Jahre 1642,

[6]) vgl. Laband S. 5.
[7]) Laband S. 15. ff.
[8]) Riesenfeld Bd. 36 S. 795, 796, Laband S. 24.
[9]) Martens S. 32.
[10]) Levy von Halle S. 115 und die dort zitierten Quellen: liber pignorum et pactorum de anno 1288 im Hamburg. St. Arch. Cl. VIII Nr. 18 b vol. 14; libri redituum Sti. Jacobi de anno 1300 ad 1400 ibid. fol. 1.

der 1606 eine Courtagetaxe vorausging. Es folgten in Hamburg die Mäklerordnungen von 1651, 1673, 1679, 1740, 1792, 1816, 1817, 1824, von denen eine jede eine Revision bezw. Erweiterung der vorhergehenden darstellt.

Die aufgeführten Hamburger Mäklerordnungen sind für die Geschichte des Mäklerwesens sehr interessant. Sie sind dies in noch höherem Grade, als in ihnen sich zuerst die Entstehung und das Vorkommen der Geschäfte an Aufgabe nachweisen läßt.

Während noch die »Neu-revidierte Mäcklerordnung« vom 1. August 1740 in Art. XIII bestimmte:

»Es wird den Mäcklern hiemit verbothen, weder in Ausrüffen, noch aus der Hand, Waaren zu kauffen, ohne daß sie so gleich bey Schliessung der Parthey, auf Begehren des Verkäuffers, ihren Käuffer nennen können; im gleichen, den Verkäuffern die Waare dadurch gleichsahm in die Hände zu binden, daß sie eine gantze Parthey, ohne dazu habenden Käuffer, schliessen, und dieselbe nachgehends, gantz oder zum Theil, an vorhin unbenannte Abnehmer vertheilen und anbringen, bey Verlust der Courtage, von solcher Parthey, auch Erlegung einer Straffe von 20 Rthlr. auf jeden Contraventions-Fall.«

sagt die »Neue Mäckler-Ordnung« vom 4. Juli 1792 in § 11:

» . . . . . Wenn aber der Verkäufer den Mäkler auf eine gewisse, unter beiden verabzuredende, Zeit von der Aufgabe des Käufers, oder der Käufer, dispensieren will; so bleibt der geschlossene Handel allerdings in voller Kraft.«

Die »revidierte Mäkler-Ordung« vom 9. Dezember 1824 aber endlich bestimmt in § 10:

»Der Mäkler ist schuldig, nach geschlossenem Handel, selbiger sey unter der Hand oder in Auction getroffen, sogleich, oder, falls eine Zeit zur Aufgabe zwischen

dem Kaufmann und ihm verabredet ist, vor Ablauf dieser Zeit, den oder die Käufer zu nennen.

Unterläßt er das, so ist der Verkäufer berechtigt, entweder den Handel als nicht geschehen zu betrachten und über seine Waare anderweitig zu verfügen, oder auch die Waare sofort für Rechnung des Mäklers öffentlich verkaufen zu lassen und den etwaigen Schaden von ihm als eine liquide Schuld zu fordern. Es bedarf in dem letzten Fall auch keiner gerichtlichen Befugnis zum Verkauf, sondern blos einer Anzeige der Zeit und des Ortes an den Mäkler.«

Vergleicht man mit dieser zuletzt zitierten Vorschrift diejenige des § 95 H. G. B., so erkennt man, daß, was jetzt bei uns durch das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 als »Neuerung« eingeführt wurde, schon lange in Hamburg Rechtens war.

Auch in der lübeckischen Mäklerordnung vom 26. Juni 1822 lassen sich Spuren von Geschäften mit vorbehaltener Aufgabe nachweisen. Art. 9 dieser Mäklerordnung fordert, wie Art. 13 der Mäklerordnung vom 1. Nov. 1776, sofortige Angabe des Namens der Gegenpartei und knüpft daran als Neuerung das Recht des Auftraggebers, im Zuwiderhandlungsfall die Ware ohne weiteres auf Rechnung des Mäklers öffentlich verkaufen zu lassen, auch etwaigen Schaden von diesem einzufordern, »insofern nicht das Gegenteil vereinbaret worden.«

Es läßt diese Bestimmung also wohl auf einen bestehenden Gebrauch schließen, dessen Auswüchsen entgegengetreten werden sollte, falls nicht der Auftraggeber sich ausdrücklich die einstweilige Nichtangabe d. i. »Aufgabe vorbehalten« gefallen ließ.

Auch die Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts für die preussischen Staaten II. Teil 8ter Titel § 1330 und 1331 sprechen den gleichen Gedanken aus und haben wohl auch den gleichen Zweck verfolgt:

Kann der Mäkler keinen Commitenten anzeigen, der binnen drei Tagen die Ware empfängt und die Bedingungen des Käufers erfüllt, so sind die Waren auf Gefahr und Kosten des Mäklers öffentlich zu verkaufen.

Die exceptionelle Stellung der Handelsmäkler war in den verschiedenen Partikularrechten mehrfach durch Strafandrohungen gesichert, welche die Privathandelsmäkler d. h. solche Mäkler, die ohne dazu aufgestellt zu sein, fungierten, betrafen; dazu war in manchen Gesetzgebungen sogar die Nichtigkeit der durch nicht autorisierte Mäkler zu Stande gebrachten Geschäfte verfügt[11]).

Doch waren solche Ungiltigkeitsbestimmungen seltener; unangenehm genug für die Parteien, die sich keiner öffentlich bestellten Handelsmäkler als Vermittler bedienten, war jedenfalls der Umstand, daß sie des Vorteils des leichteren Beweises entbehrten. So war die Stellung der Privathandelsmäkler, solange für die Handelsmäkler ein Monopol bestand, eine sehr gedrückte.

Das änderte sich aber im Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch von 1861 mit dem Fortschreiten der Idee der Gewerbefreiheit und infolge des Umstands, daß den öffentlich bestellten Handelsmäklern — wie schon früher fast überall — der Proprehandel verboten war[12]). Der immer reger werdende Verkehr verlangte von den Handelsmäklern, daß sie bei Geschäften, die sie zu vermitteln hatten, auch zugleich die Garantie für deren Zustandekommen übernahmen. Eine solche Garantie konnten die Privathandelsmäkler leicht übernehmen, den öffentlich bestellten Handelsmäklern dagegen war dies unmöglich, wollten sie nicht ihre eidlich übernommene Pflicht der Enthaltung vom Proprehandel verletzen. Die Privathandelsmäkler erhielten deshalb viel größeren Zulauf und infolge der bei weitem

[11]) Riesenfeld Bd. 36 S. 797; Laband S. 23: preuss. allgem. M. O. v. 15. Nov. 1765 Art. 3.

[12]) A. D. H. G. B. Art. 69.

größeren Anzahl der von ihnen vermittelten Geschäfte auch eine größere Geschäftsgewandtheit.

Durch die Reichsgewerbeordnung von 1869 wurde sodann in § 1 das Prinzip der Gewerbefreiheit proklamiert und damit der Möglichkeit, daß durch Landesgesetz auf Grund der salvatorischen Klausel des § 84 A. D. H. G. B. das Monopol der Handelsmäkler wieder eingeführt werde, ein für allemal ein Ende gemacht.

Bis zum Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 bestand noch neben den Privathandelsmäklern das Institut der amtlichen Handelsmäkler. Diese letzteren hatten aber im Verhältnis mit ihren nicht beeidigten Kollegen kaum ein Vorrecht, dagegen aber eine Menge Pflichten, so daß eine Aufhebung des ganzen Instituts — abgesehen von den für den großen Geschäftsverkehr weniger und nur für die Kursfeststellung bedeutenden Kursmaklern — durch das H. G. B. von 1897 im Interesse der Gleichberechtigung und der Konkurrenzfähigkeit nur zu begrüssen war.

§ 2.

Der heutige deutsche Handelsmäkler und die Geschäfte an Aufgabe.

Nach § 93 H. G. B. hat die Rechte und Pflichten eines Handelsmäklers, »wer gewerbsmässig für andere Personen, ohne von ihnen auf Grund eines Vertragsverhältnisses ständig damit betraut zu sein, die Vermittelung von Verträgen über Anschaffung oder Veräußerung von Waren oder Wertpapieren, über Versicherungen, Güterbeförderungen, Bodmerei, Schiffsmiete oder sonstige Gegenstände des Handelsverkehrs übernimmt.«

Es können somit alle Gegenstände des Handelsverkehrs von Handelsmäklern vermittelt werden. Was im einzelnen Fall »Gegenstand des Handelsverkehrs«

ist, ist Tatfrage, die Entscheidung hierüber steht im richterlichen Ermessen[13]). Die meisten dieser Geschäfte werden auf der Börse oder bei börsenähnlichen Zusammenkünften geschlossen, deshalb soll hier bei der Beschreibung des Geschäftsganges, insbesondere bei der Darstellung des ökonomischen Tatbestandes der Geschäfte an Aufgabe die für das ganze Institut typische Tätigkeit des Handelsmäklers an der Börse geschildert werden.

Der Händler, welcher eine Ware zu verkaufen hat, der Großkaufmann, der einen Transport vergeben oder einen Versicherungsvertrag schließen will, wer überhaupt einen Vertrag eingehen und sich hiezu der Vermittelung eines in dem betreffenden Geschäfte Gewandteren oder über eine Menge von Geschäftsverbindungen Verfügenden bedienen will, wendet sich zu diesem Zweck an einen Handelsmäkler, dem er die Bedingungen mitteilt, zu denen er verkaufen will, oder unter denen er zu einem Vertrage geneigt ist. Der Mäkler begibt sich nun entweder mit diesem Auftrag an die Börse und sucht einen geeigneten Gegenkontrahenten, oder er schließt — was sehr häufig ist — sofort mit dem Auftraggeber ab.

Letzteres kann auf verschiedene Weise geschehen, je nachdem der Handelsmäkler »Propremakler« oder »Aufgabemakler« ist.

Der »Propremakler« tritt selbst als Kontrahent auf, er bezeichnet in der Schlußnote sich selbst als Kontrahenten[14]), er übernimmt also das Geschäft selbst auf eigene Rechnung[15]). Wenn es dem Propremakler auch unbenommen bleibt, seinerseits wieder einen Gegenkontrahenten zu suchen, so tritt er doch dem Auftraggeber gegenüber als Kontrahent auf und ent-

[13]) Gareis H. G. B. Anm. 10 zu § 93.
[14]) Weber S. 199.
[15]) Pfleger S. 678.

fernt sich somit ziemlich weit von seiner Eigenschaft als Vermittler[16]).

Der »Aufgabemakler« schließt auch sofort mit dem Auftraggeber ab, aber unter dem Vorbehalt, sich einen Partner zu suchen und diesen alsdann dem Auftraggeber anzuzeigen. Das geschieht in der Weise, daß über das Geschäft sofort ein Schlußschein ausgestellt wird; anstatt den Gegenkontrahenten, der ja noch nicht bekannt ist, sondern erst gesucht werden muß, zu benennen, schreibt der Mäkler die Klausel »Aufgabe (des Gegenkontrahenten) vorbehalten« oder »an Aufgabe«, »auf Aufgabe«, »für Aufgabe« oder andere, das Gleiche bedeutende Vermerke in die Schlußnote. Damit übernimmt der Handelsmäkler die Verpflichtung[17]), für Beibringung des Gegenkontrahenten zu sorgen, unter der Garantie, selbst in das Geschäft einzutreten, wenn ihm dies nicht gelingen sollte, während der Auftraggeber bereits von der Annahme der Schlußnote an an das in derselben näher beschriebene Geschäft mit dem vom Mäkler aufzugebenden d. i. zu benennenden Dritten gebunden ist[18]).

Propremakler wie Aufgabemakler übernehmen die Aufträge endgiltig zu festen Kursen[19]); der Unterschied zwischen dem Kurse, zu dem sie abschließen und demjenigen, zu dem sie realisieren bezw. einen Gegenkontrahenten giltig benennen, ist ihr Gewinn oder Verlust.

Propremakler und Aufgabemakler unterscheiden sich wirtschaftlich durch ihre verschiedene Kapitalkraft. Der Propremakler muß, um all' den übernommenen Verpflichtungen nachkommen zu können, sehr kapitalkräftig sein[20]); er ähnelt darin dem englischen dealer[21]).

[16]) R. G. 24 S. 64 ff.
[17]) über die juristische Konstruktion s. u. § 3 und 9.
[18]) H. G. B. § 95.
[19]) Weber S. 200.
[20]) Weber S. 164.
[21]) näheres hierüber s. Weber a. a. O.

Der Aufgabemäkler dagegen kommt mit weniger eigenem Kapital aus, da er ja nur in den Fällen, in denen es ihm nicht gelingt, rechtzeitig eine geeignete Aufgabe zu machen, selbst in das Geschäft eintreten muß. Benennt er vollends eine Maklerbank, mit der er, wie dies in Berlin häufig vorkommt, in ständiger Geschäftsverbindung steht, als Aufgabe, so benötigt er nur mehr sehr wenig eigenes Kapital, da die Bank für seine Verpflichtungen eintritt.

Geschäfte an Aufgabe kommen bei Kassageschäften wie bei Zeitgeschäften vor; bei letzteren besonders ist eine Zurückweisung der gemachten Aufgabe und damit ein Verhaftetsein des Mäklers nicht selten, da der Auftraggeber bei Zeitgeschäften dem ihm aufgegebenen und von ihm angenommenen Gegenkontrahenten kreditiert, also besonders hohe Anforderungen an dessen Bonität, insbesondere Zahlungsfähigkeit, zu stellen gezwungen ist.

II. Teil.

Die juristische Konstruktion.

§ 95 H. G. B. hat dem Streit über den materiellen Inhalt unserer Klausel und die juristische Konstruktion der durch sie entstandenen Rechtsbeziehungen nur insofern ein Ende gemacht, als nunmehr die in mehreren oberstrichterlichen Entscheidungen ausgesprochenen Ansichten zum Gesetz erhoben und dadurch die Hauptgrundsätze des Mäklervertrags mit der Klausel »Aufgabe vorbehalten« festgestellt wurden. Dagegen herrscht über die juristische Konstruktion des Handelsmäklervertrags mit vorbehaltener Aufgabe selbst noch mancher Streit, was die nicht geringe Anzahl der Punkte lehrt, bezüglich deren die Anschauungen der Kommentatoren und Schriftsteller auseinandergehen.

Der Gang vorliegender Betrachtung sei nun der,

daß zunächst die Stellung des Mäklervertrags mit der Klausel »Aufgabe vorbehalten« im Rechtssystem ermittelt und sodann jene im Gesetze ausgesprochenen Hauptgrundsätze unter Bezugnahme auf die einschlägige Judikatur erörtert werden; daran anschließend und damit verbunden sollen die streitigen Fragen behandelt und versucht werden, die für die Praxis geeignetste, den Billigkeitsrücksichten am meisten entsprechende und theoretisch haltbare juristische Konstruktion festzustellen.

Cap. I.

Stellung des Handelsmäklervertrags mit der Klausel „Aufgabe vorbehalten" im Rechtssystem.

§ 3.

Zivilmäkler und Handelsmäkler.

Der Mäklervertrag im allgemeinen ist im 2ten Buch des bürgerlichen Gesetzbuchs, im Recht der Schuldverhältnisse, geregelt. Er steht ebenso frei da wie der Kauf oder die Miete oder der Werkvertrag etc.[22]); er ist also insbesondere nicht, wie dies im gemeinen Recht[23]) der Fall war, nach den Grundsätzen des Dienst- oder Werkvertrags zu beurteilen. Vielmehr sind die allgemeinen Vorschriften des 2ten und des 1ten Buches des B. G. B. anzuwenden, wo im Gesetz nichts Abweichendes vermerkt ist.

Ähnliches gilt auch für den handelsrechtlichen

[22]) vergl. dazu Planck Vorbem. III zu Buch II Abschn. 7 Tit. 8 A. A. Mot. B. G. B. 2, 510, nach denen zur Beurteilung des Mäklervertrags »je nach Verschiedenheit der Fälle die allgemeinen Grundsätze über Verträge bezw. die für den Dienstvertrag, den Werkvertrag oder das Mandat geltenden Rechtsnormen« ausreichen. Unentschieden Makower I S. 260.

[23]) s. z. B. Puchta Pandekten (1856) S. 473; Arndt Pandekten (1852) S. 481.

Mäklervertrag, für dessen Beurteilung, soweit die Vorschriften des H. G. B. Lücken lassen, die Bestimmungen der §§ 652 ff B. G. B. ergänzend zuzuziehen sind, falls dies letztere sich nicht etwa aus Rücksicht auf die verschiedenartige juristische Konstruktion der beiden Arten von Mäklertätigkeit verbietet[24]).

Auf diese Verschiedenheit der juristischen Konstruktion führt eine Gegenüberstellung der Definitionen:

»Mäkler« im Sinne des B. G. B. ist Jeder, der gegen Entgelt die Gelegenheit zum Abschluß von Verträgen nachweist oder den Abschluß von Verträgen vermittelt[25]).

»Mäkler« im Sinne des H. G. B. = »Handelsmäkler« ist, wer gewerbsmäßig die Vermittelung von Verträgen über Gegenstände des Handelverkehrs übernimmt[26]).

Der Unterschied zwischen Handelsmäkler und Zivilmäkler liegt also in dem einerseits gewerbsmäßigen, andererseits nur gelegentlichen Handeln[27]) und in dem Vermitteln einerseits nur von Handelsgeschäften, andererseits von Verträgen, die keine Handelsgeschäfte betreffen[28]). (Hier ist gleichgiltig, ob der Zivilmäkler gewerbsmäßig oder nur gelegentlich vermittelt.)

Sodann hat der Handelsmäkler nicht, wie der Zivilmäkler, den Nachweis von Gelegenheit zum Vertragsabschlusse zu erbringen. Dies würde ihn wieder zum Zivilmäkler machen[29]); sein Handeln wäre demnach wiederum nur nach Grundsätzen des § 652 B. G. B. nicht nach den speziellen Vorschriften des Handelsrechts für den Handelsmäkler zu beurteilen.

Für den Handelsmäklervertrag steht somit fest, daß die Tätigkeit des Handelsmäklers im Vermitteln

[24]) vgl. Staub I S. 397; Lehmann Ring I S. 203, Düringer-Hachenburg I S. 282; Cosack S. 204.
[25]) B. G. B. § 652
[26]) H. G. B. § 93
[27]) Staub I S. 383
[28]) Staub a. a. O.
[29]) Düringer-Hachenburg I S. 282

von Verträgen besteht[30]). Davon geht das Gesetz aus, und daran kann auch die Praxis nichts ändern, wenngleich den Ausführungen Staub's[31]) zuzustimmen ist, daß das »Vermitteln« gar oft auf ein bloßes »Nachweisen« hinausläuft. Doch gibt Staub[32]) selbst zu, daß schon »in der bloßen Zuführung des zum Kontrahieren geneigten Gegenkontrahenten die Vermittelung« liegen kann[33]).

Und das ist eben beim Mäklervertrag sehr häufig der Fall; fast immer haben die Handelsmäkler die Parteien einander nur zuzuführen: der Abschluß des Vertrags geschieht durch die Parteien und nur durch diese. Daran ist der Mäkler nicht beteiligt, er hat keine Handlungsvollmacht, er ist also kein Handlungsbevollmächtigter (was ihn z. B. vom Handlungsagenten unterscheidet)[34]), seine Beteiligung am Abschluß der Geschäfte ist für jene Geschäfte rechtlich nicht erheblich; sie ist eine rein tatsächliche[35]).

Dagegen ist es kein wesentlicher Unterschied, daß der Handelsmäkler regelmäßig beiden Parteien dient[36]), der Zivilmakler dagegen nur einer[37]). In der Definition, die § 93 H. G. B. gibt, ist von einer solchen Eigenschaft des Handelsmäklervertrags nicht die Rede; Ausnahmen sind wohl denkbar[38]).

Ein wichtiger Unterschied aber ist — es muß hierin der Ansicht Goldmann's[39]) beigetreten werden — der Umstand, daß den Handelsmäkler eine Verpflichtung

---

[30]) Riesenfeld Bd. 37 S. 531.
[31]) Staub I S. 398.
[32]) Staub a. a. O.
[33]) vgl. auch Staub I S. 390/391.
[34]) vgl. Staub I S. 398; Makower I S. 261.
[35]) Makower a. a. O; vgl. die dort zitierte Entscheidung R. O. H. G. 4, 413.
[36]) H. G. B. § 98, 99, 101.
[37]) B. G. B. § 654.
[38]) vgl. Makower I S. 266, Staub I S. 405/406 und die dort zitierte Entscheidung O. L. G. R. 10, 238.
[39]) Goldmann I S. 436 ff.

trifft, für die von ihm übernommene Vermittelung des Vertrages tätig zu sein, welche Pflicht für den Zivilmäkler nicht besteht — wenigstens läßt sie sich im Gesetze nicht nachweisen. Und zwar sowohl aus den bei Goldmann[39]) aufgeführten Gründen[40]), als auch in der Erwägung, daß, wie Cohen[41]) ausführt, es vollkommen unbillig wäre, wenn der Verpflichtung desjenigen, der die Dienste des Handelsmäklers in Anspruch nimmt, zur Lohnzahlung keine Verpflichtung des Letzteren zum Tätigwerden entsprechen soll. Der hohe Wert einer solchen Pflicht des Mäklers liegt schon in der Haftung, die ihn gemäß § 283 B. G. B. für vertragliches Verschulden trifft. Übrigens läßt sich schon aus dem Worte »übernimmt« des § 93 H. G. B. entnehmen[42]), daß sich der Mäkler zu etwas verpflichtet, und zwar eben zum Tätigwerden[43]).

Diese Pflicht des Handelsmäklers im Gegensatz zu dem Nichtverpflichtetsein des Zivilmäklers ist eine Hauptbesonderheit des ersteren, eine Besonderheit, die es, soweit die Rechtsbeziehungen des Handelsmäklers zu demjenigen, der seine Dienste in Anspruch nimmt (— wir wollen diese Person, wie dies schon oben geschehen, der Kürze halber »Auftraggeber« nennen—), in Frage stehen, verbietet, daß die Vorschriften der §§ 652 ff. B. G. B. ergänzend eingreifen. In diesem Falle sind vielmehr die Bestimmungen des Dienst- bezw. des Werkvertrags sowie des Auftrags anzuwenden. Welche, und unter welchen Verhältnissen, soll sofort gezeigt werden.

Es ist nämlich, und hiemit kommen wir auf den Hauptpunkt dieser Erörterung, selbst wieder innerhalb des Handelsmäklervertrags eine Teilung zu konstatieren,

[39]) Goldmann I S. 436 ff.

[40]) vgl. insbesondere die bei Goldmann a. a. O. zitierten Mot. z. B. G. B. Bd. 2 S. 511; Denkschrift z. H. G. B. S. 77.

[41]) Cohen S. 248 ff.

[42]) Dagegen Makower I S. 261.

[43]) Ganz im Gegensatz hiezu Staub und die herrschende Meinung.

die zu einer verschiedenen juristischen Konstruktion für jede dieser beiden Erscheinungsarten führt.

Diese Teilung wird durch die Klausel »Aufgabe vorbehalten« herbeigeführt.

Während nämlich der Handelsmäklervertrag im Regelfall nach den Grundsätzen des Dienstvertrags zu beurteilen ist, fällt eine Erscheinungsart desselben — wenn eine Partei Schlußnoten mit der Klausel »Aufgabe vorbehalten« angenommen hat — unter die Vorschriften des Werkvertrags, wie alsbald näher ausgeführt und begründet werden wird.

§ 4.

Der handelsrechtliche Mäklervertrag insbesondere.

Der Regelfall des Handelsmäklervertrags ist der, daß der Mäkler für einen Auftraggeber die Vermittelung von Verträgen über Gegenstände des Handelsverkehrs übernimmt. Unverzüglich[44]) nach dem Abschlusse des Geschäftes — also erst, wenn er seiner vertragsmäßigen Verpflichtung, für seinen Auftraggeber im gewünschten Sinne tätig zu werden, nachgekommen ist — hat der Handelsmäkler[45]), es sei denn, daß ihm dies von beiden Parteien[46]) erlassen wurde oder der Ortsgebrauch mit Rücksicht auf die Gattung der Ware davon entbindet, jeder Partei eine von ihm unterzeichnete Schlußnote zuzustellen, in der die Vertragsschließenden, der Gegenstand und die Bedingungen des Vertrags genannt sind. Diese Schlußnotenaus- und zustellung ist für den Abschluß des vermittelten Geschäftes nicht erheblich. Abgeschlossen wird durch die Parteien, nicht durch den Mäkler, der nur auf den Abschluß des Geschäftes hinwirken, ihn herbeiführen kann. Die Schlußnote

[44]) unverzüglich d. i. ohne schuldhaftes Zögern B. G. B. § 121.
[45]) H. G. B. § 94.
[46]) vgl. darüber Goldmann I S. 443, Staub I S. 401.

dient lediglich als Beweismittel für den Abschluß des Vertrags; sie ist eine Privaturkunde im Sinne des § 416 R. C. P. O. Auch die Zustellung der Schlußnote ist für die Giltigkeit des Geschäftes nicht von Bedeutung; durch ihre Annahme wird eine gesetzliche Vermutung für die Genehmigung des Geschäftes nicht begründet[47]), wohl aber eine faktische, die für die richterliche Beweiswürdigung im Prozesse von großer Bedeutung sein kann[48]).

Bei Zeitgeschäften und unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossenen Geschäften, d. i. »bei Geschäften, die nicht sofort erfüllt werden sollen«[49]), hat der Mäkler die Schlußnote den Parteien zu ihrer Unterschrift zuzustellen und jeder Partei die von der anderen unterschriebene Schlußnote zu übersenden. Diese Bestimmung verfolgt den Zweck, daß durch die Unterzeichnung der Schlußnote durch die Parteien etwaigen Anständen, welche sich bei den erst in Zukunft zu erfüllenden Geschäften ergeben könnten, vorgebeugt werde[50]).

Die soeben aufgeführten Vorschriften des § 94 H. G. B., welche die Verpflichtung des Handelsmäklers zur Zustellung von Schlußnoten aussprechen, haben aber mit dem eigentlichen Handelsmäklervertrag nichts zu tun; sie sind, wie eben dargelegt, lediglich eine Zutat, welche die Eigenschaft des Handelsmäklers als Urkundsperson zum Ausdruck bringt, indem durch die ausgestellten Schlußnoten der Abschluß des betreffenden beabsichtigten Vertrags bewiesen wird. Wirklich wesentlich ist für die juristische Beurteilung des Handelsmäklervertrags nur die Tatsache, daß der Handelsmäkler gewerbsmäßig — also gegen Entgelt — sich zur Ver-

[47]) R. O. H. G. 13, 295.
[48]) Näheres hierüber s. bei Staub I S. 401, Goldmann I S. 442.
[49]) H. G. B. § 94 II.
[50]) Vgl. Goldmann I S. 444, Puchelt-Foertsch, Kommentar z. A. D. H. G. B. unter 3 zu Art. 73.

mittelung von Verträgen über Gegenstände des Handelsverkehrs verpflichtet, und zwar, ohne von seinem Auftraggeber auf Grund eines Vertragsverhältnisses ständig (im Unterschiede zum Handlungsagenten) damit betraut zu sein. Dem sich Verpflichten des Handelsmäklers zum Tätigwerden steht auf seiten des Auftraggebers die Verpflichtung der Lohnzahlung für den Fall des Zustandekommens des Vertrags gegenüber.

Wir haben es also beim Handelsmäklervertrag mit einem zweiseitigen Vertrag zu tun, und zwar — hier im Regelfalle — mit einen Dienstvertrag. Denn durch den Dienstvertrag (§ 611 B. G. B.) wird derjenige, welcher Dienste zusagt, zur Leistung der versprochenen Dienste, der andere Teil aber zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet. Dieses Erfordernis des Dienstvertrags trifft nun m. E. beim Handelsmäklervertrag vollkommen zu. Nach § 611 Abs. II B. G. B. können Gegenstand des Dienstvertrags Dienste jeder Art sein; folglich auch diejenigen des Handelsmäklers.

Hier kann nun, m. E., vollkommen der Ansicht Düringer-Hachenburg's (Vorbem. vor § 93 V 2 a) zugestimmt werden, welche in den Diensten des Handelsmäklers Dienste »höherer Art« sehen. Denn die Dienste, welche dem Handelsmäkler übertragen werden, pflegen derartige und von solcher Wichtigkeit und finanziell weittragender Bedeutung zu sein, daß sie nur auf Grund besonderen Vertrauens vergeben werden. Wer nämlich einen Handelsmäkler beizieht, der gibt damit zu erkennen, daß er sich und seine Interessen der größeren Geschäftsgewandtheit und Erfahrung des Gewählten anvertraut[51]); er will — in den allermeisten Fällen wenigstens — nicht die wirklich geleistete Arbeit, die ihn selbst vielleicht zu mühsam geworden wäre, bezahlen, sondern er will sich die Klugheit, die Umsicht und

[51]) vgl. Riesenfeld Bd. 37 S. 35 und die dort zitierten Stracha und Cardanus.

die weitgehenden Geschäftsverbindungen des Handelsmäklers zu Nutzen machen, und dafür honoriert, zahlt er. Die Dienste des Handelsmäklers sind ebenso »höherer Art« wie diejenigen des Rechtsanwalts[52]), dem z. B. im einzelnen Falle die Erwirkung eines Versäumnisurteils oder die Anwesenheit bei einem Termine nicht die geringste Schwierigkeit verursacht, dessen Dienste sich aber die Partei doch bedienen will, weil ihr eventuell seine Erfahrenheit in ihr unbekannteren Dingen von Nutzen sein kann.

Da außerdem der Handelsmäkler begrifflich nicht in einem dauernden Dienstverhältnisse mit festen Bezügen sich befindet, so steht m. E. kein Hindernis entgegen, ihm das Recht jederzeitiger sofortiger Kündigung — ebenso wie seinem Auftraggeber — zuzuerkennen[53]). Sein Auftraggeber hat dieses Kündigungsrecht aber noch aus einem anderen Grunde. Wie schon oben kurz angedeutet, verpflichtet sich der Auftraggeber dem Handelsmäkler zur Zahlung der Vergütung nur für den Fall, daß der zu vermittelnde Vertrag wirklich zu Stande kommt[54]). Keineswegs verpflichtet er sich zum Abschlusse des Vertrags; da der Mäkler an diesem Abschlusse selbst aber nicht im Geringsten beteiligt ist, sondern nur die günstigen Bedingungen dazu schafft, Gelegenheit zum Abschließen bietet, vermittelt, so kann der Auftraggeber, der freier Herr seiner Willensentschließungen bleibt, jederzeit sich weigern, den Vertrag wirklich zu schließen. Eben aus diesem Grunde, daß der Auftraggeber sich nur für den Fall des Zustandekommens des Vertrags und nicht zum Abschlusse desselben verpflichtet, ist § 628 B. G. B. nicht anwendbar, wodurch etwa für den Mäkler ein Anspruch

[52]) Cosack B. R. § 143 II, 1 scheint die Dienste des Rechtsanwalts nicht zu den Diensten »höherer Art«, sondern zu den »geschäftlichen Dienstverträgen« rechnen zu wollen, eine Auffassung, die m. E. den Rechtsanwaltsdiensten nur eine sehr einseitige Würdigung angedeihen läst.

[53]) a. M. Cohen S. 250.

[54]) B. G. B. § 652.

auf einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung begründet würde. Er muß vielmehr, wenn sein Auftraggeber vom Vertrag zurücktritt, dies ruhig über sich ergehen lassen; er ist ja Kaufmann und muß als solcher so gut wie jeder andere mit dem Risiko rechnen, für sein Geschäft auch einmal eine nutzlose Aufwendung gemacht zu haben[55]).

Doch bleibt es dem Handelsmäkler wie dem Zivilmäkler unbenommen, sich gegen diese Gefahr durch Vertrag sicherzustellen[56]).

Nach B. G. B. § 627 Abs. II darf der Handelsmäkler als Dienstverpflichteter von seinem sofortigen jederzeitigen Kündigungsrecht jedoch nur in der Art Gebrauch machen, daß sich der Auftraggeber die Dienste anderweit beschaffen kann. Dies wird zwar die Regel bilden, doch kann leicht der Fall eintreten, daß es für den Auftraggeber zu spät ist, einen anderen Mäkler zu nehmen, und er dann erheblichen Schaden gewärtigt. Liegt für die unzeitige Kündigung des Handelsmäklers dann kein wichtiger Grund vor, so hat er dem Auftraggeber den dadurch entstehenden Schaden zu ersetzen.

§ 5.

Fortsetzung.

Im Vorhergehenden wurde der Regelfall des Handelsmäklervertrags und einige wichtigere, ihn betreffenden Vorschriften betrachtet. Wie hiebei darzulegen versucht wurde, sind, wenn der Handelsmäkler sich lediglich zum Tätigwerden verpflichtet, die Vorschriften über den Dienstvertrag anzuwenden; denn im Dienstvertrag verpflichtet sich der Dienstverpflichtete zur Leistung der versprochenen Dienste; er stellt mehr oder weniger sein ganzes Können, seine Persönlichkeit dem Dienstberechtigten zur Verfügung, ohne damit aber eine

[55]) vgl. Cohen a. a. O.
[56]) B. G. B. § 652 Abs. II.

Haftung für einen Erfolg seiner Tätigkeit zu übernehmen. Sobald er das letztere tun würde, läge kein Dienstvertrag mehr vor, sondern ein Werkvertrag, was eine Vergleichung der beiden Definitionen ergibt[57]). Durch den Werkvertrag wird nämlich der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werks verpflichtet. Das Tätigsein allein reicht nicht aus und vermag keinerlei Berechtigungen und Verpflichtungen, abgesehen von dem Falle des § 642 B. G. B.[58]) zu erzeugen.

Gegenstand des Werkvertrags aber kann ein jeder durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein[59]), folglich auch die Tätigkeit des Handelsmäklers, der sich mit der Vermittelung von Verträgen befaßt und für deren Zustandekommen garantiert.

Im Werkvertrag verpflichtet sich also der Unternehmer, den gewünschten Erfolg herbeizuführen, er garantiert dafür. Dagegen übernimmt der Besteller die Entrichtung der vereinbarten Vergütung.

Wenn nun der Handelsmäkler, anstatt sich nur zum Tätigwerden im gewünschten Sinne zu verpflichten, die Haftung für den erstrebten Erfolg, das Zustandekommen des zu vermittelnden Vertrags, übernimmt, so sind die dadurch geschaffenen Rechtsbeziehungen nicht mehr nach den Grundsätzen des Dienstvertrags, sondern auf Grund der eben entwickelten Erwägungen nach den für den Werkvertrag geltenden Vorschriften zu beurteilen.

Wohl einer der häufigsten Fälle einer solchen Haftungsübernahme durch den Handelsmäkler, eines solchen Garantierens für den Erfolg ist der Fall der Klausel »Aufgabe vorbehalten«. Durch die Übergabe[60])

[57]) vgl. B. G. B. § 611 mit B. G. B. § 631.

[58]) s. u. am Ende dieses §.

[59]) B. G. B. § 631 Abs. II.

[60]) was hier nicht als Zeichen des Abschlusses des Vertrags, sondern als Offerte an die eine annehmende Partei gilt (näheres s. u. § 8.)

einer Schlußnote mit dieser Klausel oder Klauseln ähnlichen Wortlauts wird der Mäkler, wie unten noch ausführlich erörtert werden soll, für das Zustandekommen des Geschäfts haftbar. Hier sei nur, als hierher gehörig erwähnt, daß ein Rücktritt des Mäklers vom Vertrag selbstverständlich ausgeschlossen ist, während dem Auftraggeber als »Besteller« ein solches Recht gemäß § 649 Satz 1 sowie auf Grund B. G. B. § 652 zuzubilligen ist. Als eine Besonderheit, die sich aus B. G. B. § 652 ergibt — daß nämlich der Auftraggeber sich nicht zum Vertragsabschlusse, sondern nur für den Fall des abgeschlossenen Vertrags zur Lohnzahlung verpflichtet — mag es bei einer solchen Kündigung von seiten des Auftraggebers erscheinen, daß der Mäkler das dem Unternehmer sonst zustehende Recht, unter Anrechnung seiner Ersparungen infolge der Aufhebung des Vertrags bezw. dessen, was er durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwarb oder hätte erwerben können, die vereinbarte Vergütung zu verlangen, nicht hat.

Hier hat der Handelsmäkler eben wieder das oben erwähnte kaufmännische Risiko zu tragen, das er ja durch eine besonders zutreffende Vereinbarung mit dem Auftraggeber im einzelnen Fall beseitigen kann.

Dagegen hat der Handelsmäkler aber das Recht auf eine angemessene Entschädigung, falls der Auftraggeber im Verzug ist, insbesondere eine ihm mit Rücksicht auf den Vertragsabschluß obliegende Handlung versäumt und so den Abschluß vereitelt[61]).

Ebenso muß Düringer-Hachenburg (und in diesem Falle auch Cohen[62]) zugestimmt werden, wenn sie für den Mäkler beim Verzug des Auftraggebers das Recht der Vertragsaufhebung gemäß § 643 B. G. B. fordern. § 643 greift auf § 642 zurück, und dieser macht die

[61]) Düringer-Hachenburg I S. 284; a. M. Cohen S. 251.
[62]) die Gleichen a. a. O.

Entschädigungspflicht von zwei Erfordernissen abhängig, nämlich, daß bei der Herstellung des Werkes eine Handlung des Bestellers erforderlich sei und daß der Besteller durch das Unterlassen der Handlung in Verzug der Annahme kommt. Bei der »Herstellung des Werkes« beim Handelsmäklervertrag ist nun zwar eine Handlung des Auftraggebers rechtlich nicht erforderlich[63]), wohl aber tatsächlich, ebenso wie für das Erscheinen des Bestellers zur Anprobe beim Schneider eine rechtliche Verpflichtung nicht besteht, wohl aber ist es tatsächlich erforderlich. Desgleichen kann wohl nicht bezweifelt werden, daß der Auftraggeber als Besteller durch das Unterlassen der ihm obliegenden Handlung ebenso in Annahmeverzug kommt, wie etwa der Besteller eines Porträts, der nicht zu den Sitzungen erscheint. Denn ein Annahmeverzug des Bestellers kann auch schon vor Vollendung des Werks vorkommen, namentlich in der Art, daß der Besteller bei Herstellung des Werks mitzuwirken hat[64]).

Aus diesen Gründen erscheinen die Bedenken Cohens[65]), der sie auf B. G. B. § 652 — das Fehlen einer Verpflichtung des Auftraggebers zum Vertragsabschluß — stützt, unstichhaltig. Dagegen erklärt Cohen[66]) dann, obwohl er auf Grund des § 652 B. G. B. die Anwendbarkeit des § 642 B. G. B. – Entschädigungspflicht des Auftraggebers — leugnet, § 643 B. G. B., der sich auf § 642 zurückbezieht und dem Unternehmer ein Kündigungsrecht gibt, für anwendbar. Schon aus Gründen der Billigkeit aber muß dem Handelsmäkler, wenn er für den Erfolg haftet, für den Fall, daß der Auftraggeber die Herbeiführung durch Unterlassen einer ihm obliegenden Handlung vereitelt, ein Kündigungsrecht zugestanden werden.

[63]) B. G. B. § 652.
[64]) vgl. Cosack B. R. § 148 II 2
[65]) Cohen S. 251.
[66]) Cohen a. a. O.

§ 6.

Fortsetzung.

Wie wir in den vorigen Abschnitten gesehen haben, sind auf den Handelsmäklervertrag, je nachdem, daß der Mäkler nur die Vermittelung von Verträgen übernimmt, oder auch für deren Zustandekommen haftet, bald die Vorschriften des Dienstvertrags, bald diejenigen des Werkvertrags anzuwenden.

Für beide Arten der Beurteilung des Handelsmäklervertrags im konkreten Falle gemeinsam aber sind gemäß § 675 B. G. B. die in den §§ 663, 665—670, 672—674 B. G. B. enthaltenen Vorschriften für den Auftrag; denn der Mäklervertrag hat, ob er nun als Dienst- oder Werkvertrag anzusprechen ist, eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand.

Die Betrachtung dieser hienach für anwendbar erklärten Vorschriften diene als Schluß dieser allgemeinen systematischen Erörterungen.

§ 663 ist gleich von großer Wichtigkeit: er tritt ergänzend zu § 362 H. G. B., der für den Handelsmäkler nur teilweise anwendbar ist. § 362 H. G. B. verlangt von einem Kaufmann, dessen Gewerbebetrieb die Besorgung von Geschäften für andere mit sich bringt, daß er, falls ihm ein Antrag (Auftrag) über die Besorgung solcher Geschäfte von jemand, mit dem er in Geschäftsverbindung steht, oder demgegenüber er sich zur Besorgung solcher Geschäfte erboten hat, zugeht, unverzüglich[67]) antwortet; sonst gilt sein Schweigen als Annahme des Antrags.

Daß der Handelsmäkler mit seinem Auftraggeber nicht in fester Geschäftsverbindung stehen darf, sagt schon § 93 H. G. B. in der Definition, die er von dem Handelsmäklervertrag gibt. Es kommt also nur die zweite Voraussetzung des § 362 H. G. B. in Betracht, daß sich

[67]) gemäß B. G. B. § 121 = ohne schuldhaftes Zögern.

nämlich der Handelsmäkler dem Auftraggeber gegenüber zur Besorgung »solcher« (d. h. nicht Kauf- oder andere reine Warenumsatzgeschäfte, sondern Arbeitsgeschäfte; vgl. Gareis H. G. B. § 362 Anm. 2) Geschäfte verboten hat. Dieses Erbieten muß, wenn die Annahme des Antrags auf Geschäftsbesorgung bei Nichtbeantwortung von seiten des Handelsmäklers gemäß § 362 H. G. B. fingiert werden soll, auch wirklich dem Auftraggeber gegenüber gemacht worden sein. Und zwar speziell diesem und nicht etwa öffentlich. Die Vorschrift des § 663 Satz 2 B. G. B., welche ein solches Anerbieten dem öffentlichen Erbieten gleichstellt, darf beim Handelsmäkler, da ja für ihn als Kaufmann die spezielle Vorschrift des § 362 H. G. B. vorhanden ist, nicht zur Anwendung gebracht werden. Es hat vielmehr, falls ein solches eigenes Anerbieten gemacht wurde — man denke auch etwa an die Zusendung einer gedruckten Anzeige oder eines Zirkulars — die Fiktion des § 362 H. G. B. gegebenenfalls einzutreten. Die Folge der Verletzung der Anzeigepflicht ist also in diesem Falle die Fiktion der Annahme.

Wurde dagegen das Anerbieten öffentlich gemacht, so daß es unbestimmt welchen und wievielen Personen zur Kenntnis kommen konnte, so tritt § 663 B. G. B. in Anwendung, weil die spezielle Vorschrift des § 362 H. G. B. nichts über diesen Fall enthält. Die Folge der Verletzung der Anzeigepflicht ist dann[68]) nicht die Fiktion der Annahme, sondern, analog dem § 30 R. A. O., die Verpflichtung zum Ersatz des negativen Vertragsinteresses, d. h. Ersatz dessen, was der Auftraggeber erlangt haben würde, wenn er infolge unverzüglicher Mitteilung der Ablehnung sich jemand anderen zur Besorgung seiner Geschäfte hätte verschaffen können.

Soviel über die Bedeutung des § 663 B. G. B.;

[68]) vgl. Düringer-Hachenburg II S. 410.

die weiteren, im § 675 B. G. B. zitierten §§ 665—670 sind weit weniger wichtig; denn ihre Anwendbarkeit ist sehr beschränkt, weil ihre Voraussetzungen beim Handelsmäklervertrag selten zutreffen werden; es sei hier auf Düringer-Hachenburg's[69]) Aufzählung derselben verwiesen.

Wichtiger sind die §§ 672, 673 B. G. B.: Der Mäklervertrag erlischt im Zweifel nicht durch den Tod oder den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Auftraggebers, dagegen durch den Tod des Mäklers. Doch hat im letzteren Falle, ebenso wie wenn der Mäklervertrag durch den Tod oder den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Auftraggebers erlischt, der Erbe des Mäklers bezw. dieser selbst, wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist, die Besorgung des übertragenen Geschäfts fortzusetzen, bis der Auftraggeber bezw. der Erbe oder der gesetzliche Vertreter des Auftraggebers anderweit Fürsorge treffen kann; der Mäklervertrag gilt insoweit als fortbestehend.

§ 674 B. G. B. endlich, entsprechend angewendet, bestimmt, daß der Mäklervertrag, wenn er in anderer Weise als durch Widerruf erlischt, zu Gunsten des Mäklers gleichwohl als fortbestehend gilt, bis der Mäkler von dem Erlöschen Kenntnis erlangt oder das Erlöschen kennen muß.

Cap. II.

Die Vorschriften des § 95 H. G. B. für den Handelsmäklervertrag mit der Klausel „Aufgabe vorbehalten."

§ 7.

Der Rechtszustand vor dem neuen Handelsgesetzbuch.

Das Allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch enthielt

[69]) Düringer-Hachenburg I S. 284 ff.

keine Bestimmung über Geschäfte an Aufgabe. Dieser Mangel erklärt sich sehr einfach mit dem Prinzip der öffentlichen Handelsmäkler, an dem das A. D. H. G. B. festhielt, wonach es insbesondere den Handelsmäklern verboten war, in dem Geschäftszweig, in welchem sie als Vermittler bestellt waren, selbst für eigene Rechnung tätig zu sein[70]). Selbstverständlich war es somit den amtlichen Handelsmäklern, wenn sie nicht ihren Diensteid verletzen wollten, unmöglich gemacht, Geschäfte an Aufgabe zu vermitteln, weil sie ja damit sich für das Zustandekommen des zu vermittelnden Vertrags haftbar gemacht hätten und nötigenfalls selbst für die Erfüllung hätten eintreten müssen. Sie waren in diesem Sinne sehr benachteiligt im Vergleich mit den Privathandelsmäklern, für die weder dieses noch die ganze Reihe anderer den Verkehr erschwerender Ge- und Verbote bestand, und deren Verhältnisse durch das A. D. H. G. B. lediglich in der Art geregelt wurden, daß es im Art. 272 Abs. 1 Ziff. 4 die gewerbsmäßige Vermittelung oder Abschließung von Handelsgeschäften für andere Personen — ausnahmlich der Geschäfte der amtlichen Handelsmäkler — zu den Handelsgeschäften rechnete. Sonst enthielt es keinerlei Vorschriften für die Privathandelsmäkler.

Letztere konnten also ruhig Geschäfte an Aufgabe vermitteln, und es ist begreiflich, daß sie dadurch sehr im Vorteil gegenüber den amtlichen Handelsmäklern waren; denn bei der großen Anzahl der vorhandenen Mäkler war die Konkurrenz eine sehr heftige; der Auftraggeber zog es vor, einen Privathandelsmäkler zu wählen, weil dieser ihm gleich für das Zustandekommen des zu vermittelnden Vertrags garantieren konnte; auch war der Privathandelsmäkler infolge des größeren Zulaufs gewöhnlich geschäftsgewandter und hatte mehr und bessere Verbindungen.

[70]) A. D. H. G. B. Art. 69.

Da aber das A. D. H. G. B. über die Rechte und Pflichten des Privathandelsmäklers nichts enthielt, so war auch der Fall der Übergabe eines Schlußscheines mit vorbehaltener Aufgabe durch den Mäkler, der, wenn die amtlichen Handelsmäkler ihren Diensteid beachteten, ja nur ein Privathandelsmäkler sein konnte, gesetzlich nicht geregelt; entstehende Streitigkeiten waren daher der Gefahr ausgesetzt, je nach der Ansicht des Richters verschieden beurteilt zu werden.

Diesem Zustand der Rechtsunsicherheit half erst das neue Handelsgesetzbuch ab; es beseitigte bekanntlich das System der amtlichen Handelsmäkler, indem es, wie schon das Börsengesetz vom 22. Juni 1896, den in der Börsenenquête ausgesprochenen Wünschen Rechnung trug.

Grundlegend für die Regelung, die § 95 H. G. B. den Geschäften an Aufgabe widerfahren ließ, sind einige oberstrichterliche Entscheidungen, in denen die rechtlichen Gesichtspunkte solcher Geschäfte mehrfach erörtert sind, und deren Quintessenz § 95 enthält. Da diese Entscheidungen für eine Betrachtung des § 95 von hoher Bedeutung sind, so sei es gestattet, das Wichtigste aus den Gründen hier im Auszuge anzuführen.

Es sind die Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen vom 5. November 1887, vom 28. September 1889, vom 30. Mai 1894, vom 20. April 1895 und vom 7. November 1896.

Die Entscheidung vom 5. November 1887[71]) zählt dreierlei Auffassungen des Abschlusses eines Kaufes durch einen Mäkler mit vorbehaltener Aufgabe des Käufers auf:

a) Der Käufer ist eine bestimmte, aber unbenannte Person; der Mäkler hat dann als Bote derselben abgeschlossen.

[71]) R. G. 20, 37.

b) Der Käufer ist eine unbestimmte Person: der Mäkler behält sich vor, eine bestimmte Person zu nennen.

c) Der Mäkler erscheint als der wirkliche Käufer, hat aber die Befugnis, statt seiner einen Anderen als Käufer zu präsentieren.

Das Reichsgericht führt sodann für jeden dieser Fälle die Konsequenzen aus: bei a) und b) kann der Verkäufer, wenn der Mäkler ihm den Käufer nicht innerhalb der vertragsmäßigen oder einer entsprechenden Frist benennt, den Mäkler nicht auf Erfüllung belangen, sondern nur auf Schadensersatz; denn der Mäkler erscheint bei einem derartigen Abschlusse nicht als Kommissionär, auch nicht als eventueller Selbstverkäufer. Am nächsten läge noch die Analogie mit dem falsus procurator; doch wäre keinesfalls die positive Bestimmung des A. D. H. G. B. (Art. 55, 298) anzuwenden, daß ein solcher auch auf Erfüllung belangt werden könne.

Bei c) wird, falls ein anderer als Käufer präsentiert wird, dieser so angesehen, als wäre er von Anfang an der Käufer gewesen. Hat der Mäkler eine solche Präsentation nicht vorgenommen, so bleibt es dabei, daß er selbst Käufer ist, d. h. er kann auf Erfüllung belangt werden.

Die Entscheidung vom 28. September 1889[72]) gibt dem Käufer das Recht, unmittelbar gegen den Verkäufer auf Erfüllung zu klagen. Der Grund hiefür kann ein zweifacher sein — und hierin läßt das Reichsgericht freie Wahl —: sei es daß der Mäkler als zum Abschlusse des Vertrags Bevollmächtiger betrachtet wird, sei es, daß die Willenserklärung der einen Partei als eine direkt an die Gegenpartei gerichtete Erklärung eines perfekten Vertragswillens gilt. Diese Ansicht hat nach Anschauung des Reichsgerichts auch noch die Erwägung für sich, daß die Vermittlerrolle des

[72]) R. G. 24, 64.

Mäklers nicht so sehr verleugnet wird, als wenn man annimmt, daß der Mäkler Hauptkontrahent ist.

Die Entscheidung vom 30. Mai 1894[73]), verbunden mit derjenigen vom 20. April 1895[74]) sagt ungefähr: Wenn eine Partei eine von einem Mäkler ohne Nennung der Gegenpartei übermittelte Kaufs- oder Verkaufsofferte unter einer Bedingung, welche die Eigenschaft der andern Partei betrifft (z. B. »Primaablader«) annimmt, oder kürzer in der Fassung der Entscheidung vom 7. November 1896[75]): wenn eine durch einen Vorbehalt bedingte Annahme der Offerte eines Unbebekannten vorliegt, so ist die Perfektion des Vertrags vorläufig suspendiert. Wenn auch die Beurteilung der Frage, ob die Bedingung erfüllt ist, in das subjektive Ermessen der Partei gestellt ist, so darf diese doch nicht rein willkürlich oder schikanös ihr Einverständnis mit der ihr aufzugebenden Gegenpartei verweigern. Die Perfektion des Vertrags ist aufgeschoben, bis die Gegenpartei der Partei benannt und von ihr als der Bedingung entsprechend anerkannt und genehmigt worden ist.

Die Entscheidung vom 7. November 1896[75]) endlich spricht aus, daß die Willenserklärung der einen Partei bei Annahme einer Schlußnote mit der Klausel »Aufgabe vorbehalten« auf einen bindenden Abschluß geht und nicht auf ein bloßes Anerbieten zum Kauf. Sie ist deshalb auch an ihre Erklärung gebunden und kann sie nicht wie einen Vertragsantrag zurückziehen. Ihre Interessen kann die Partei jedoch durch Bedingungen schützen, wie z. B., daß die Gegenpartei »Prima« sein müsse. Würde ihr dann eine Gegenpartei genannt, die nicht als »Prima« gelten kann und daher nicht die genügende Sicherheit für die Erfüllung des Vertrags bietet, so würde die Partei eine solche Auf-

[73]) R. G. 33, 131.
[74]) R. G. 35, 105.
[75]) R. G. 38, 185.

gabe zurückweisen dürfen. Im Übrigen ist das Geschäft, wenn auch als bedingtes, doch zum Abschluß gekommen. Doch kann der Inhalt des geschlossenen Geschäfts die Partei berechtigen, sich bei einer Verzögerung in der Aufgabe der Gegenpartei von dem Handel loszusagen; denn der Mäkler darf nicht auf Kosten der Partei spekulieren. Freilich wird die Partei zuerst den Mäkler zur Aufgabe mahnen müssen.

§ 8.

Die Übergabe eines Schlußscheines mit der Klausel »Aufgabe vorbehalten« durch den Mäkler.

In § 4 dieser Abhandlung wurde schon gelegentlich der Bedeutung gedacht, welche die Übergabe von Schlußnoten im Regelfalle des Handelsmäklervertrags hat, und im § 5 wurde kurz angedeutet, daß im Falle der Übergabe eines Schlußscheines mit der Klausel »Aufgabe vorbehalten« diese Übergabe einen hievon gänzlich verschiedenen Charakter trägt.

Es erscheint nun an der Zeit, die Verschiedenheiten zu besprechen, welche sich bei Betrachtung der materiellrechtlichen Bedeutung der beiden Übergabehandlungen ergeben, und die daran anknüpfenden Rechtsfolgen zu ermitteln.

Wie schon in § 4 gezeigt wurde, hat die Ausstellung und Zustellung von Schlußnoten im Regelfalle, über den § 94 H. G. B. Vorschriften enthält, lediglich die Bedeutung einer Beurkundung. Auch wurde bereits hiebei erwähnt, daß die Giltigkeit des abzuschließenden, zu vermittelnden Vertrags durch die Übergabe von Schlußnoten nicht im geringsten beeinflußt wird. Hier kann nur noch beigefügt werden, daß auch die Giltigkeit des Mäklervertrags dadurch keineswegs berührt oder bedingt wird: die Übergabe

der Schlußscheine hat eben nur deklaratorischen Charakter. Es wird bezeugt, daß der zu vermittelnde Vertrag zu Stande gekommen: dies die Bedeutung für die beiden Parteien; der Mäkler selbst erfüllt durch die Übergabe die ihm für gewöhnlich — falls ihm dies nicht von beiden Parteien erlassen wird oder der Ortsgebrauch mit Rücksicht auf die Gattung der Ware davon entbindet — obliegende Pflicht der Schlußnotenausstellung. Endlich ist auch noch zu bemerken, daß die Schlußnoten im Regelfalle beiden Parteien zuzustellen sind, bei Geschäften, die nicht sofort zu erfüllen sind, sogar zur Unterschrift, um Weiterungen vorzubeugen[76]); daß der Mäkler, falls eine Partei die Annahme oder Unterschrift verweigert, der andern Partei hievon unverzüglich Mitteilung zu machen hat, und vor allem, daß die Schlußnote außer dem Gegenstand und den Bedingungen des vermittelten Geschäfts auch die Namen der beiden Parteien enthält.

Ganz anders verhält es sich mit den Schlußscheinen mit der Klausel »Aufgabe vorbehalten«. Hier fehlt, um gleich einen wichtigen Unterschied zu nennen, der Name der Gegenpartei. Dessen Angabe behält sich ja der Mäkler vor. Die Schlußnote kann deshalb einstweilen auch nur der einen Partei zugestellt werden, dem in ihr benannten Adressaten. Der andere Teil ist bei Ausstellung der Schlußnote häufig dem Mäkler noch gar nicht bekannt; er macht sich durch Ausstellung der Schlußnote anheischig, den Gegenkontrahenten herbeizuschaffen; findet er ihn nicht oder benennt er ihn nicht rechtzeitig, so bietet die ihm kraft Gesetzes auferlegte Pflicht — berechtigt ist er hiezu nicht[76a]), für Erfüllung des Vertrags selbst einzutreten, der in der Schlußnote benannten Partei die Gewähr, daß das zu vermittelnde Geschäft doch zu Stande kommt. Es

[76]) vgl. oben § 4.
[76a]) s. unten § 10 I am Ende.

liegt also in der Übergabe die Garantie des Handelsmäklers für das Zustandekommen des Geschäfts, aus der die Befugnis der Partei entspringt, ihn selbst auf die Erfüllung in Anspruch zu nehmen[77]).

Übergibt nun der Handelsmäkler einen Schlußschein mit der Klausel »Aufgabe vorbehalten« einer Partei, so stellt sich dies als Vertragsanerbieten dar. Es ist also nicht, wie im Regelfalle, eine deklaratorische Kundgebung an beide Parteien, sondern eine konstitutive Willenserklärung an nur eine Partei. Der Handelsmäkler[78]) richtet durch die Übergabe der Schlußnote an den Adressaten derselben den Antrag, mit ihm ein Vertragsverhältnis, einen Handelsmäklervertrag eigentümlichen Inhalts einzugehen.

Es ergeben sich hieraus unter Anwendung der im B. G. B. enthaltenen Vorschriften für Willenserklärungen und Verträge folgende wichtige Regeln:

1) Da eine Schlußnote mit der Klausel »Aufgabe vorbehalten« sich nur als Vertragsanerbieten darstellt, für welches gesetzlich eine Form nicht gefordert ist, so ist die telegraphische Übermittelung für genügend zu erklären.

2) Die Anfechtung von Schlußnoten mit der Klausel »Aufgabe vorbehalten« wird, da im Handelsverkehr Scherze und, wenigstens hier, Scheingeschäfte kaum vorkommen, sich auf Irrtum und unrichtige Übermittelung durch die Telegraphenanstalt beschränken. Hiefür gelten die Regeln der §§ 119 und 120 B. G. B., sowie für eventuelle Schadensersatzpflicht des anfechtenden Mäklers § 121. Der Fall der arglistigen Täuschung und Drohung wird selten sein, hiefür gilt § 123, 124 B. G. B.

3) Die Folgen der Übergabe treten ein, d. h. die Zustellung der Schlußnote wird wirksam mit der Aus-

[77]) vgl. Staub I S. 402.
[78]) vgl. Behrend S. 373.

händigung an den Anwesenden, gegenüber dem Abwesenden in dem Zeitpunkte, in dem sie ihm zugeht[79]), d. h. wenn ihm in verkehrsüblicher Weise die Möglichkeit gewährt wird, von der Schlußnote Kenntnis zu nehmen[80]). Ein Widerruf des Mäklers läßt die Schlußnotenzustellung nicht wirksam werden, wenn er der Partei vorher oder gleichzeitig zugeht[81]).

4) Da die Übergabe einer Schlußnote mit der Klausel »Aufgabe vorbehalten« nur einen Vertragsantrag darstellt und der Mäklervertrag somit noch gar nicht entstanden ist, so gilt § 130 Abs. II und § 153 B. G. B.: Das Zustandekommen des Mäklervertrags wird nicht dadurch gehindert und die Übergabe des Schlußscheines behält ihre volle Wirksamkeit, wenn der Mäkler nach der Übergabe, aber vor der Annahme des Schlußscheines stirbt oder geschäftsunfähig wird. Praktisch wird dieser Fall aber nur unter Abwesenden werden, da bei Anwesenden die Annahme sofort erklärt werden muß[82]). Stirbt der Mäkler dagegen nach der Annahme der Schlußnote oder wird er nach dieser geschäftsunfähig, so erlischt im Zweifel[83]) der Mäklervertrag. Der Auftraggeber wird also im ersteren Falle (Tod oder Geschäftsunfähigkeit des Mäklers nach Übergabe, jedoch vor Annahme des Schlußscheines) die Wahl haben, anzunehmen und auf Erfüllung des Vertrags seitens der Erben zu bestehen oder nicht anzunehmen; falls der Mäkler aber nach der Annahme stirbt oder geschäftsunfähig wird, muß sich der Auftraggeber, wenn nichts anderes vereinbart, das Erlöschen des Vertrags gefallen lassen und kann nur verlangen, daß die Erben, wenn mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist, das begonnene Geschäft bezw. dessen Vermittelung fortsetzen.

[79]) B. G. B. § 130.
[80]) vgl. Cosack B. R. § 59 IIa.
[81]) B. G. B. § 130 I Satz 2.
[82]) B. G. B. § 147 Abs. 1.
[83]) vgl. oben § 6 am Ende.

5) Der Mäkler ist keineswegs verpflichtet — es besteht hiefür weder eine Berufspflicht noch liegt eine solche im Wesen des Handelsmäklervertrags, eine Schlußnote mit vorbehaltener Aufgabe auszustellen und zu übergeben. Das ist sein freier Wille. Er braucht also auch nicht, wenn eine Partei ihm ein bereits ausgefülltes Schlußnotenformular mit vorbehaltener Aufgabe zusendet, in welchem er als Vermittler bezeichnet ist, den darin bezeichneten Vertrag zu vermitteln. Eine derartige Handlung von seiten einer Partei qualifiziert sich als Antrag an den Mäkler, mit ihr einen Mäklervertrag gedachter Art zu schließen, bei welchem Antrag die Partei durch ihren Vorschlag bereits die Bedingungen, unter denen sie gebunden sein will, angegeben und die Annahme erklärt hat[84]).

6) Der Adressat einer solchen Schlußnote ist durchaus nicht verpflichtet, dieselbe anzunehmen. Die Annahme ist eine rein freiwillige, niemand kann gezwungen werden, einen Vertragsantrag anzunehmen. Im Regelfalle wird die Partei, die den Mäkler mit der Vermittelung eines Geschäfts beauftragt hat, eine solche Vertragserfüllung von seiten des Mäklers nicht gelten lassen wollen — wenn auch nicht geleugnet werden will, daß der »Regelfall« oft seltener wie die Ausnahme ist! —; die Partei hat den Mäkler mit der Vermittelung eines Vertrags betraut und hat das Recht, Schlußscheine mit Angabe des Gegenkontrahenten gemäß § 94 H. G. B. zu verlangen[85]). Die Handlungsweise des Mäklers, der Schlußnoten mit der Klausel »Aufgabe vorbehalten« übergibt, charakterisiert sich sohin nicht als Annahme des Antrags des Auftraggebers zur Eingehung eines Handelsmäklervertrags, sondern als Ablehnung verbunden mit einem neuen Antrag[86]). Deshalb kann der

[84]) vgl. Lehmann-Ring I S. 207.
[85]) Goldmann I S. 446.
[86]) vgl. B. G. B. § 150 Abs. 2.

Auftraggeber eine solche Schlußnote nach Belieben annehmen oder zurückweisen[87]).

Für die Annahme kommt § 151 B. G. B. in Betracht: ohne daß die Annahme dem Mäkler gegenüber erklärt zu werden braucht, kommt der Handelsmäklervertrag zu Stande. Denn im Handelsverkehr, »der kein Spekulieren auf Kosten des Anderen kennt«[88]), ist es Sitte, sofort dem andern Teil Mitteilung von seinen Entschlüssen zu machen. Soll daher nicht die Annahme vermutet werden, so ist unverzügliche Zurückweisung erforderlich. Nach Behrend[89]) muß die Zurückweisung nicht mit der Zurücksendung der Schlußnote verbunden werden; dagegen spricht die Zurücksendung der letzteren, selbst ohne weitere Erklärungsabgabe, eine schlüssige Ablehnung des Mäklervertragsanerbietens aus.

§ 9.

Bedeutung der Annahme eines Schlußscheines mit vorbehaltener Aufgabe der Gegenpartei.

I. Die Annahme eines Schlußscheines mit vorbehaltener Aufgabe der Gegenpartei ist, soweit das Verhältnis des Mäklers zu seinem Auftraggeber in Frage steht, die Annahme der von dem Mäkler gestellten Offerte, mit ihm einen Handelsmäklervertrag eigentümlicher Art zu schließen[90]). Sie bedeutet daher die Perfektion des Handelsmäklervertrags, der aber in diesem Falle inhaltlich und auch in der rechtlichen Beurteilung erheblich vom gewöhnlichen Handelsmäklervertrag abweicht.

Was gleich die rechtliche Beurteilung betrifft, so wurde oben[91]) gezeigt, daß auf den Handelsmäklerver-

[87]) Behrend S. 373.
[88]) Düringer-Hachenburg I S. 293.
[89]) Behrend S. 373.
[90]) vgl. oben § 8.
[91]) vgl. oben Cap. I.

trag gewöhnlich die Vorschriften des Dienstvertrags ergänzend anzuwenden sind, daß sich dagegen der Handelsmäklervertrag mit der Klausel »Aufgabe vorbehalten« als Werkvertrag qualifiziert, daß endlich für beide Fälle verschiedene für den Auftragvertrag gegebene Regeln Geltung haben. Es sei an dieser Stelle auf obige Ausführungen verwiesen, die sich großenteils mit den Ansichten von Düringer-Hachenburg, Goldmann und Cohen decken, während Staub, Behrend wie überhaupt die herrschende Meinung gegensätzlicher Anschauung sind, den Handelsmäklervertrag für einen Vertrag eigener Art erklären und das Vorhandensein einer Verpflichtung des Mäklers zum Tätigwerden verneinen.

Es sei hier nochmals erwähnt, daß schon Billigkeitsrücksichten[92]) entsprechend es nicht angängig erscheint, dem Auftraggeber, wie z. B. Behrend[93]) es scharf und deutlich ausspricht, nicht das Recht zu geben, den Mäkler durch Klage anzuhalten zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit (die eben die herrschende Meinung leugnet), dem Adressaten eine geeignete oder überhaupt eine Gegenpartei zu bezeichnen. Behrend spricht a. a. O. davon, daß der zwischen dem Auftraggeber und dem Handelsmäkler zu Stande kommende Vertrag ein gegenseitiger Vertrag sei, in welchem sich beide Teile zu Leistungen verpflichten: Der Auftraggeber bei Zustandekommen des zu vermittelnden Vertrags zur Zahlung des Lohnes; der Handelsmäkler dagegen nur zur Haftung und Selbsteintritt, falls der Vertrag nicht zu Stande kommt. Bei allen zweiseitigen und insbesondere bei allen gegenseitigen Schuldverhältnissen aber stehen Leistung und Gegenleistung in rechtlichem Zusammenhang[94]). Nach der Ansicht Behrend's, der die ganze Verpflichtung des Handelsmäk-

[92]) vgl. Cohen S. 249.
[93]) Behrend S. 374.
[94]) vgl. Cosack B. R. § 86 II.

lers in dem eventuellen Eintreten in den zu vermittelnden Vertrag bestehen läßt, müßte nun ein rechtlicher Zusammenhang zwischen Lohnzahlung und Haftung bestehen. Der Auftraggeber zahlt aber nicht, um die eventuelle Haftung des Mäklers als Gegenleistung zu erhalten; er zahlt für die Herbeiführung des Vertrags, die eben eine Frucht der Tätigkeit des Mäklers ist. Der Mäkler seinerseits haftet nicht, um die Lohnzahlung zu erhalten; er erhält sie dann freilich, aber aus einem anderen Grunde: weil nun der Vertrag durch sein Eintreten doch noch zu Stande gekommen ist. Der Mäkler ist vielmehr tätig, um den Lohn zu erhalten.

Man muß daher, wenn man den Handelsmäklervertrag mit vorbehaltener Aufgabe für einen gegenseitigen Vertrag erklärt, auch eine Verpflichtung des Handelsmäklers zum Tätigwerden und -Sein anerkennen; tut man letzteres nicht, so darf man, m. E., nicht, wie Behrend, den Handelsmäklervertrag als einen gegenseitigen Vertrag bezeichnen.

Das dem Auftraggeber gemäß § 649 B. G. B. als »Besteller« jederzeit zustehende Kündigungsrecht[95]) steht mit der gesetzlichen Gebundenheit des Auftraggebers an das Geschäft mit der Partei, welche ihm nachträglich bezeichnet wird, nicht im Widerspruch; denn diese Gebundenheit besteht nur der aufzugebenden Partei[96]), nicht dem Handelsmäkler gegenüber. Der Auftraggeber übernimmt durch die Annahme der Schlußnote mit Vorbehalt dem Handelsmäkler gegenüber nur die Verpflichtung, den Lohn zu bezahlen für den Fall, daß ihm rechtzeitig eine, den im Handel üblichen Anschauungen nach einwandfreie, eventuell eine den besonders vereinbarten Bedingungen entsprechende Gegenpartei benannt wird. Dagegen verpflichtet sich der Auftrag-

[95]) s. darüber § 5 dieser Abhandlung.
[96]) vgl. unten unter II.

geber dem Mäkler gegenüber nicht dazu, mit der ihm zu benennenden Partei auch wirklich abzuschließen. Der Vertragsabschluß steht, wie oben[97]) gezeigt wurde, vollständig im freien Belieben des Auftraggebers, und der Handelsmäkler hat, falls der Auftraggeber zurücktritt, nicht einmal das Recht, die vereinbarte Vergütung nach Abzug seiner Ersparnisse etc. gemäß § 649 Satz 2 B. G. B. zu verlangen. Der Anschauung Lehmann-Ring's, die eine Verpflichtung des Auftraggebers dem Handelsmäkler gegenüber, den rechtzeitig bezeichneten einwandfreien Dritten zu acceptieren, annehmen, kann nicht beigetreten werden; die Gründe hiefür sowie das Rechtsverhältnis des Auftraggebers gegenüber dem Dritten sollen sofort unter II besprochen werden.

Was den Unterschied anlangt, der inhaltlich zwischen dem Regelfall des Handelsmäklervertrags und demjenigen mit vorbehaltener Aufgabe besteht, so genügt es hier, auf das im Cap. I Gesagte zurückzuverweisen.

II. Im Verhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem aufzugebenden Dritten bedeutet die Annahme eine unmittelbare Bindung des Auftraggebers gegenüber dem zu benennenden Vertragsgegner[98]). Lediglich gegenüber dem Dritten, keineswegs, wie Staub[99]) behauptet, in Ansehung des Vertragsinhalts gegenüber Mäkler und Dritten, oder, nach Lehmang-Ring[100]), nur gegenüber dem Mäkler.

Diese Lehre von der unmittelbaren Bindung des Auftraggebers gegenüber dem Dritten, die Letzterem ein unmittelbares Klagerecht auf Vertragserfüllung gegen den Auftraggeber gibt, entspricht am meisten den für das neue Gesetz, wie oben erwähnt, grundle-

[97]) in § 5.
[98]) so Düringer-Hachenburg I S. 292; Makower I S. 264; Goldmann I S. 446.
[99]) Staub I S. 402.
[100]) Lehmann-Ring I S. 207 ff.

genden Entscheidungen des Reichsgerichts vom 5. November 1887, vom 28. September 1889 und vom 7. November 1896.

Die zitierte Entscheidung von 28. September 1889[101]) gibt dem Käufer das Recht, unmittelbar gegen den Verkäufer auf Erfüllung zu klagen. Was den Rechtsgrund hiefür betrifft, so läßt die Entscheidung vom 28. September 1889 die Wahl frei, ob der Handelsmäkler als zum Abschlusse des Vertrags Bevollmächtigter oder als Bote betrachtet werden will, der nur die Willenserklärung der einen Partei als eine direkt an die Gegenpartei gerichtete Erklärung eines perfekten Vertragswillens zu übermitteln hat.

Die Entscheidung vom 7. November 1896[102]) spricht aus, daß die Willenserklärung der einen Partei bei Annahme einer Schlußnote mit Vorbehalt auf einen bindenden Abschluß geht und sich nicht als ein bloßes Anerbieten zum Kauf qualifiziert. Eine solche Willenserklärung kann, wie auch ein bloßes Anerbieten, ebensogut durch einen Bevollmächtigten wie durch einen Boten übermittelt werden; es ist durch diese letztere Entscheidung also keineswegs gesagt, welche von den beiden, zur Wahl gestellten Konstruktionen für die richtigere gehalten wird. Doch scheint das Reichsgericht sich der Theorie von der Erteilung der Vollmacht zuzuneigen.

Bevor jedoch weiter untersucht wird, welche Auffassung den Vorzug verdient, soll einer andern Konstruktion entgegengetreten werden, welche die Stellung des Mäklers in dem zu vermittelnden Vertrag als eine sehr selbständige auffaßt.

Schon in einer früheren Entscheidung nämlich, in derjenigen vom 5. November 1887[103]) hat das Reichsgericht verschiedene Möglichkeiten der juristischen

[101]) siehe oben § 7; R. G. 24 S. 64 ff.
[102]) s. oben § 7; R. G. 38 S. 185 ff.
[103]) s. oben § 7; R. G. 20 S. 37 ff.

Beurteilung der fraglichen Schlußnoten aufgezählt; die damals angeführte Anschauung, der Mäkler könne auch als Selbstkontrahent auftreten, erklärt die Entscheidung vom 28. September 1889 für als mit der Vermittlerrolle des Mäklers unverträglich.

Dieser Einwand muß auch, und m. E. mit vollem Recht, Lehmann-Ring gemacht werden, welche die Auffassung, der Mäkler handle als Selbstkontrahent, zu der ihrigen erhoben haben[104]). Auch geht aus der Fassung des Gesetzes, daß nämlich die Partei, welche die mit Vorbehalt versehene Schlußnote annimmt, »an das Geschäft mit der Partei, welche ihr nachträglich bezeichnet wird, gebunden« ist, wohl zweifellos hervor, daß das Gesetz nicht so, wie Lehmann-Ring es tun, ausgelegt werden darf, sondern, daß eine unmittelbare Bindung der Gegenpartei gegenüber stattfindet[105]).

Die Einwendungen, die Lehmann-Ring[106]) machen und mit denen sie die Theorie von der Vollmachterteilung bekämpfen und ihre Stellung verteidigen, erscheinen jedoch nur teilweise als unhaltbar; ihre Würdigung bezw. Widerlegung wird zugleich ein Fortschritt in der Darlegung der einzunehmenden Stellung sein.

Lehmann-Ring[106]) nehmen zuerst an, daß gemäß der Theorie von der Vollmachtserteilung der Mäkler auf Grund der Schlußnotenannahme mit dem Dritten Namens der Partei kontrahieren würde. Das ist m. E. richtig: nach dem Wesen des Mäklervertrags können nur die beiden Parteien selbst kontrahieren d. h. abschließen; der Mäkler kann nur eventuelle Vorverhandlungen führen, den Abschluß des Vertrags »herbeiführen«; durch sein Verhandeln wird für keinen der beiden Kontrahenten eine Verbindlichkeit erzeugt. Es erscheint also der erste Einwand Lehmann-Ring's, der der Theorie von der Erteilung der Vollmacht entgegen-

[104]) Lehmann-Ring I S. 207 ff.
[105]) so Goldmann I S. 446.
[106]) Lehmann-Ring a. a. O.

gehalten wird, richtig und damit auch die Folgerungen, die sie aus demselben ableiten: »mit dem durch den Mäkler erfolgten Abschluß wäre, wenn Vollmachtserteilung angenommen wird, die Partei gebunden, der Mäkler nicht in der Lage, mit einem Andern nochmals zu kontrahieren.« »Der Mäkler hätte es dann auch in der Hand, dem Dritten den Anspruch zu verschaffen oder zu zerstören.« Der Dritte hat aber nach dem Wesen des Handelsmäklervertrags noch gar keinen Anspruch. Er erhält diesen erst, wenn der zu vermittelnde Vertrag perfiziert wird. Und das geschieht erst mit der einwandfreien Bezeichnung[107]).

Dagegen erscheint der zweite Einwurf Lehmann-Ring's unhaltbar. Nach Lehmann-Ring widerspräche der Auffassung des Reichsgerichts die gesetzliche Bestimmung, daß die Partei nicht gebunden sein soll, wenn gegen den Dritten begründete Einwendungen zu erheben sind. »Bei der Fülle der in Betracht kommenden, aus der Person der Partei zu entnehmenden Möglichkeiten wäre eine Vollmacht an den Mäkler, die dem Vollmachtgeber einen so weiten Spielraum, an dem Vertrag festzuhalten oder ihn als nicht geschlossen zu betrachten, einräumt, in Wahrheit gar keine Vollmacht zum Abschlusse.« Hier sei nur erwidert, daß der Auftraggeber für gewöhnlich — Vereinbarungen ausgenommen — durchaus keinen »Spielraum«, keine Berechtigung zu willkürlicher Ablehnung hat. Eine solche Ablehnung muß begründet sein, und zwar hat die Beweislast hiefür der Ablehnende[108]). Die Gründe müssen derart sein, daß nach Handelsanschauung dem Auftraggeber ein Kontrahieren mit dieser Partei nicht wohl zugemutet werden kann[109]). Rein persönliche Gründe, wie Abneigung, Verfeindung etc. erscheinen also für die Ablehnung nicht als gewichtige;

[107]) s. darüber näheres unten § 10.
[108]) R. G. 35, 105
[109]) Staub 1 S. 403; Behrend S. 375.

sie müssen, wenn auch nach Behrend[110]) das »vernünftige subjektive Ermessen des Schlußnotenempfängers« entscheidet, eben doch »vernünftig«, d. h. bei objektiver Würdigung als zu Recht bestehend erscheinen[111]).

Was nun die beiden, vom Reichsgericht zur Wahl gestellten Konstruktionen betrifft, so wurde soeben bei der Besprechung der Lehmann-Ring'schen Ansicht eine Folgerung gezogen, welche die Lehre von der Vollmachtserteilung als nicht mit dem Sinne des Gesetzes und dem Wesen des Mäklervertrags übereinstimmend erscheinen läßt. Zudem gibt das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 28. September 1889[112]) selbst zu, daß die Konstruktion, welche annimmt, daß der Mäkler lediglich als Überbringer der Konsenserklärung des Verkäufers an den Käufer bezw. Acceptant der Konsenserklärung des unbenannten Käufers in Betracht kommt (R. G. 20, 37 ff.), die Vermittlerrolle des Mäklers durchaus nicht verleugnet, was von der Lehre von der Vollmachterteilung nicht behauptet werden will.

Es läßt sich aber der Theorie, der Mäkler komme als Bevollmächtigter in Betracht, noch ein weiterer Einwand entgegenhalten, der verwandt erscheint mit demjenigen von Lehmann-Ring. Wenn der Mäkler als Bevollmächtigter handelt, so käme, da er die Konsenserklärung seiner Partei bereits hat, der zu vermittelnde Vertrag in dem Augenblick schon zu Stande, in dem der Dritte zustimmt; denn der Bevollmächtigte ist nach Endemann[113]) derart Empfänger der Gegenerklärung, daß mit deren Zugehen an ihn das Rechtsgeschäft zum Abschluß gelangt. Das widerspräche aber vollkommen dem Gesetz, welches ausdrücklich davon spricht, daß der Vertrag erst mit der Bezeichnung, die

[110]) Behrend S. 375.
[111]) näheres hierüber s. unten § 10.
[112]) R. G. 24, 69.
[113]) Endemann I. Teil § 80 III 2.

durch den Mäkler innerhalb der ortsüblichen oder einer angemessenen Frist zu erfolgen hat, perfiziert wird; denn »Gebundensein« heißt soviel wie »der zu vermittelnde Vertrag ist perfekt geworden.«

Somit bleibt von den vom Reichsgericht vorgeschlagenen Konstruktionen nur mehr diejenige übrig, die in der Stellung des Mäklers eine derjenigen des Boten ähnliche sieht. Für diese Anschauung sprechen mehrere Erwägungen:

Zunächst hat das Reichsgericht, wie oben erwähnt, selbst anerkannt, daß diese Konstruktion das Wesen des Mäklers, seine Vermittlerrolle, nicht im geringsten alteriert. Der Mäkler übermittelt als Vermittler die Erklärungen seiner Partei an die andere und nimmt ebenso wieder deren Erklärungen entgegen. Erst wenn er diese Erklärungen seinem Auftraggeber wieder übermittelt hat — das geschieht durch die Bezeichnung, — kommt der zu vermittelnde Vertrag zu Stande und tritt die im Gesetz festgestellte Gebundenheit des Schlußscheinempfängers an die aufgegebene Partei ein. Der Umstand, daß der Mäkler bei der Aufgabe des Dritten seinem Auftraggeber gegenüber freie Hand hat, steht nicht im Widerspruch mit seiner Eigenschaft als Bote oder besser noch mit Endemann[114]) als Gehilfe. Es ist dies lediglich eine Folge der Tatsache, daß der Mäkler kraft seiner Vertrauensstellung etwas freiere Hand hat, wie dies vielleicht sonst bei gewöhnlichen Boten oder Gehilfen der Fall ist. Dem Mäkler ist es anheim gegeben, die Gegenpartei zu finden und zu bezeichnen. Er ist ein Bote, der nicht nur das Werkzeug seines Absenders allein ist. Er behält seinen eigenen Willen; der wurde ihm stillschweigend belassen, als man sich bei seiner Auswahl seiner größeren Geschäftsgewandtheit und Erfahrung anvertraute. In dieser Beziehung hat er etwas Vertretereigenschaft in sich; die Begriffe

[114]) Endemann I Teil § 80 III, 2.

Vertreter und Bote sind flüssig[115]) und können wie hier, an den Grenzlinien in einander übergehen. Trotzdem ist, wie Riesenfeld[116]) zeigt, ein Repräsentationsverhältnis bei dem Mäklervertrag durchaus ausgeschlossen. Der Mäkler erscheint nur als Zwischenträger, seine Tätigkeit ist bloß faktischer Natur, keineswegs juristischer.

Für die juristische Beurteilung unserer Frage hat die Stellung des Mäklers als Bote oder Gehilfe die Wirkung, daß seine Handlungen direkt für den Auftraggeber wirken, daß Erklärungen, die ihm gegenüber abgegeben werden, erst zur Wirksamkeit gelangen, wenn sie dem Auftraggeber zugehen. Gehen sie diesem nicht zu, d. h. bezeichnet der Mäkler die Partei, mit der er verhandelte, nicht seinem Auftraggeber, sondern eine andere oder auch gar keine, so tritt im Verhältnis zwischen Auftraggeber und Drittem keinerlei Vertragsverhältnis, keine Bindung ein!

Diese gefundene Anschauung von der botenähnlichen Gehilfenstellung des Mäklers, soweit das Verhältnis des Auftraggebers zum Dritten in Betracht kommt, steht mit der schon früher festgestellten Konstruktion des Verhältnisses zwischen Mäkler und Auftraggeber als Werkvertrag, für den teilweise die Regeln des Auftrags Anwendung finden, nicht im Widerspruch. Die Konstruktion der Gehilfenstellung findet vielmehr, soweit das Verhältnis zwischen Mäkler und Auftraggeber in Frage kommt, ihre naturgemäße Ergänzung durch Anwendung der Regeln des Werkvertrags; beide Theorieen stimmen überein, jede wird den in ihrem Verhältnis an sie zu stellenden Anforderungen gerecht.

III. Im Verhältnis zwischen dem aufzugebenden

[115]) vgl. Cosack B. R. § 66 I 1a.
[116]) Riesenfeld Bd. 37 S. 29.

Dritten und dem Mäkler vermag die Annahme keinerlei Verbindlichkeit zu begründen; denn zur Zeit der Annahme der Schlußnote mit Vorbehalt ist der Mäkler gewöhnlich mit dem Dritten noch in gar keine Unterhandlungen getreten. Es kann hier vollkommen ununtersucht bleiben, inwiefern der Mäkler durch seine Unterhandlungen mit dem Dritten in ein vertragliches Verhältnis tritt: durch die Annahme der Schlußnote mit Vorbehalt wird ein solches nicht begründet.

§ 10.

Die Bezeichnung des Dritten.

Die einwandfreie Bezeichnung des Dritten, die »Aufgabe« im technischen Sinne bedeutet zweierlei, für den Handelsmäklervertrag die Erfüllung von seiten des Mäklers, für den zu vermittelnden Vertrag die Perfektion d. h. das Zustandekommen zwischen den beiden Parteien.

I. Seiner ihm durch den Mäklervertrag obliegenden Verpflichtung wird der Handelsmäkler gerecht durch die Bezeichnung des Dritten, durch die Aufgabe des vorbehaltenen Gegenkontrahenten an den Auftraggeber. Damit erfüllt der Mäkler seinerseits den Mäklervertrag, damit wird der ihm zu zahlende Lohn fällig. Doch knüpft das Gesetz diese Wirkung an zwei Bedingungen, bei deren Nichteintreffen der Mäkler selbst für das Geschäft in Anspruch genommen werden kann. Die Bedingungen sind, daß die Bezeichnung rechtzeitig erfolgt, und, daß der aufgegebene Dritte von solcher Beschaffenheit ist, daß dem Auftraggeber das Kontrahieren mit ihm nach Handelsanschauung zugemutet werden kann, oder daß er den etwa eigens vereinbarten Anforderungen entspricht.

Eine weitere Voraussetzung einer wirksamen Be-

zeichnung kann, wie Staub[117]) und Behrend[118]) es tun, in der Notwendigkeit der Ermächtigung des Mäklers durch den Dritten zur Bezeichnung nicht gefunden werden, insbesondere erscheint eine schriftliche Ermächtigung gemäß § 174 B. G. B. nicht erforderlich. Daß der Mäkler von seiten des Dritten zu der Bezeichnung ermächtigt wird, liegt in der Natur der Mäklertätigkeit als Vermittelung, d. h. Verhandeln mit dem Dritten und Überbringen der Zustimmung desselben. Deswegen erscheint aber der Mäkler noch lange nicht als eine Art Bevollmächtigter des Dritten. Als solcher müßte er doch wohl betrachtet werden, wenn für ihn die Vorschriften über die Vollmacht Geltung haben sollten. Gegen die Gefahr, daß der Mäkler ihm eine Gegenpartei bezeichnen könnte, die ihn hiezu nicht ermächtigt hat (der Mäkler wird das wohl aus tatsächlichen Gründen unterlassen), schützt den Auftraggeber ja das Recht, im Falle nicht einwandfreier Bezeichnung — und eine solche wäre es, wenn der Mäkler einen Dritten aufgeben würde, der gar nicht seinen Konsens erklärt hat — die Annahme des bezeichneten Dritten zu verweigern und den Mäkler selbst auf Haftung in Anspruch zu nehmen.

Die Bezeichnung hat innerhalb der ortsüblichen Frist zu erfolgen. Maßgebend hiefür können auch die Börsenusancen sein, die, wie in Berlin[119]) und Frankfurt[120]) geschehen, die Bestimmung des § 10 des Reichsstempelgesetzes aufgenommen haben. Hiernach hat die Bezeichnung am nächsten Börsentag zu erfolgen. Besteht keine ortsübliche Frist,. so hat die Aufgabe innerhalb einer angemessenen Frist zu geschehen. Einer Fristsetzung an den Mäkler bedarf es nicht.[121])

[117]) Staub I S. 403.
[118]) Behrend S. 374 ff.
[119]) Bedingungen der Berliner Fondsbörse § 10.
[120]) Usancen der Frankfurter Börse § 12.
[121]) Staub I. S. 403.

Erfolgt während der Frist keine Bezeichnung, so erlischt damit die Gebundenheit dem Dritten gegenüber; im Verhältnis zum Mäkler bestand eine solche ja nie.[122]) Die Bezeichnung wird erst wirksam, wenn sie dem Auftraggeber zugeht. Es finden hier wieder die allgemeinen Vorschriften des B. G. B. Anwendung, u. a. bei verspäteter Bezeichnung, bei der der Auftraggeber erkennen mußte, daß die Bezeichnung rechtzeitig abgesandt wurde und die Verzögerung nicht im Verschulden des Mäklers lag, die Bestimmung des § 149 B. G. B. Der Auftraggeber muß in diesem Falle den »Annehmenden«, also den Dritten, unverzüglich von der Verspätung in Kenntnis setzen.[123])

Was die Einwendungen betrifft, die der Schlußscheinempfänger gegen den aufgegebenen Dritten vorbringen kann, so müssen sie, damit die Befreiung des Auftraggebers von seiner Gebundenheit kraft Gesetzes eintritt, begründete sein. Wann sie das sind, wurde oben[124]) schon erwähnt: die Mängel, die der Auftraggeber an dem Dritten auszusetzen berechtigt ist, müssen, wenngleich das subjektive Ermessen des Auftraggebers entscheidet, von solcher objektiver Beschaffenheit sein, daß dem Auftraggeber das Kontrahieren mit einer solchen Gegenpartei nach der Auffassung des Handelsverkehrs nicht wohl zugemutet werden kann. So, wenn die aufgegebene Partei als Schikaneur[125]), als nicht zahlungsfähige Firma[126]) bekannt ist oder dem Auftraggeber bei sorgfältiger Erkundigung als solche bezeichnet wird. Daß die Einwendungen wirklich begründet sind, muß der Einwendende beweisen[127]). Ein Grund für die Ablehnung kann auch der Umstand sein, daß der Aufgegebene nicht die Eigenschaften

[122]) vgl. oben § 9.
[123]) vgl. Behrend S. 374.
[124]) s. oben § 9 II.
[125]) R. G. 24, 66 u. 70.
[126]) Denkschrift S. 82.
[127]) R. G. 35, 105.

hat, die der Auftraggeber sich in der Schlußnote für den Aufzugebenden ausbedungen hat. Z. B., daß der Dritte »Primaablader« sei etc.

Die Ablehnung des Aufgegebenen ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung[128]); denn empfangsbedürftig sind alle Willenserklärungen beim Vertrag und in der Regel beim einseitigen Rechtsgeschäft[129]). Die Zurückweisung bedarf nun nicht der Zustimmung oder der mitwirkenden Annahmeerklärung des Mäklers oder des Dritten, sie ist folglich nach Endemann[130]) ein einseitiges Rechtsgeschäft, das »einem Anderen gegenüber vorzunehmen ist«, also empfangsbedürftig. Die Zurückweisung muß dem Mäkler oder dem Dritten erklärt werden, sie wird in dem Zeitpunkt wirksam, in dem sie zugeht[131]); erfolgt diese Erklärung nicht unverzüglich, so wird angenommen, daß auf Einwendungen verzichtet wird. War die Zurückweisung aber unbegründet, so kann der Auftraggeber den Dritten nicht mehr in Anspruch nehmen, bleibt aber diesem verpflichtet[132]).

Hat der Mäkler innerhalb der Frist keine Bezeichnung vorgenommen, oder sind gegen die aufgegebene Person oder Firma begründete Einwendungen erhoben worden, so kann der Auftraggeber den Mäkler auf Erfüllung des Geschäfts in Anspruch nehmen. Die Erklärung, welche dies ausspricht, ist empfangsbedürftig[133]) und unwiderruflich.[134])

Es tritt nun die Haftung des Mäklers ein. Will der Mäkler sich Gewißheit darüber verschaffen, ob er von dem Auftraggeber in Anspruch genommen wird oder nicht, so kann er denselben zu einer Erklärung

[128]) Behrend S. 375.
[129]) Endemann I. Teil § 66 II.
[130]) Endemann I. Teil § 68 I.
[131]) B. G. B. § 130.
[132]) Behrend S. 376.
[133]) B. G. B. § 130.
[134]) Staub I S. 403.

hierüber auffordern. Der Auftraggeber muß diese Erklärung dann unverzüglich, bei Gefahr des Ausschlusses seines Anspruchs, abgeben.

Es soll durch diese Gesetzesbestimmung vermieden werden, daß der Auftraggeber auf Kosten des Mäklers spekuliert, also etwa ein Sinken der Preise abwartet und dann erst erklärt, daß er ihn in Anspruch nehme.

Diese Haftung des Mäklers ist derjenigen des Kommissionärs[135]) zu vergleichen, der nicht zugleich mit der Anzeige von der Ausführung der Kommission den Dritten namhaft macht, mit dem er das Geschäft abgeschlossen hat. Doch fehlt dem Mäkler das Recht zum Selbsteintritt, das der Kommissionär gem. § 400 H. G. B. hat, es sei denn, daß dem Mäkler dieses Recht vertragsmäßig eingeräumt wurde. Wird der Mäkler von der Partei in Anspruch genommen, so kommt der zu vermittelnde Vertrag zu Stande; der Mäkler hat infolgedessen auch das Recht, den Mäklerlohn zu verlangen. Außerdem hat er selbstverständlich alle Rechte und Pflichten des Gegenkontrahenten. Über diese im Gesetz vorgesehene Haftung hinaus kann der Auftraggeber vom Mäkler nichts verlangen, insbesondere auch nicht Schadensersatz[136]).

II. Erfolgt die Bezeichnung rechtzeitig und werden gegen dieselbe keine begründeten Einwendungen gemacht, so wird damit der bis dahin in einer Art Schwebezustand befindliche Vertrag zwischen Auftraggeber und Drittem perfekt, und zwar so, als ob er schon zur Zeit der Annahme des Schlußscheines geschlossen worden wäre. Durch die Annahme entsteht für den Auftraggeber ein Zustand[137]) der Gebundenheit. Diese Gebundenheit dauert bis zur Entscheidung, die in der einwandfreien und rechtzeitigen Bezeichnung und ihren Folgen, aber auch im Freiwerden des Auf-

[135]) H. G. B. § 384 Abs. III.
[136]) Behrend S. 376.
[137]) vgl. oben § 9 II.

traggebers infolge Defizierens einer wirksamen Aufgabe bestehen kann. Die Wirksamkeit der Annahme ist also eine bedingte, bedingt durch den Eintritt der Bezeichnung, der sehr ungewiß ist. Diese Bedingung ist jedoch keine Bedingung im juristisch technischen Sinne, keine Parteibedingung, sondern eine gesetzliche. Es finden deshalb auch nicht die Vorschriften der §§ 158 ff. B. G. B. Anwendung, gemäß denen die Wirksamkeit des Vertrags erst »ex nunc«, vom Eintritt der Bedingung ab, datieren würde.

Die juristische Behandlung dieser Gebundenheit, dieses Schwebezustandes ist, und hierin ist Düringer-Hachenburg[138]) beizutreten, der Beurteilung der Fälle an die Seite zu stellen, wo eine rechtliche Verfügung der Mitwirkung eines Dritten bedarf. Hier wie dort wird der Vertrag erst perfiziert, das Geschäft erst giltig mit der Bezeichnung bezw. mit der Genehmigung durch den Mäkler bezw. Dritten. Erfolgt die Genehmigung, die Bezeichnung, so ist das Geschäft von Anfang an wirksam, »ex tunc«.[139])

Das Reichsgericht hat sich in seiner Entscheidung vom 7. Nov. 1896[140]) auf diesen Standpunkt gestellt, indem es ausdrücklich betonte, daß die Willenserklärung des Auftraggebers bei Annahme der Schlußnote mit Vorbehalt auf einen bindenden Abschluß geht und nicht als bloßer Vertragsantrag zu betrachten ist. Wäre das Letztere der Fall, so würde der Vertrag erst mit der Annahme durch den als Gegenkontrahent bezeichneten Dritten perfiziert werden.[141])

Von großer Bedeutung kann dieser Unterschied für die Frage der Anfechtung im Konkurs werden.[142]) Das Geschäft kann nämlich nicht angefochten werden,

[138]) Düringer-Hachenburg I S. 293.
[139]) B. G. B. § 184.
[140]) R. G. 38, 185.
[141]) B. G. B. § 151.
[142]) s. Düringer-Hachenburg I S. 294.

wenn die Schlußnote zehn Tage vor Zahlungseinstellung angenommen wurde.[143])

Da durch einwandfreie Bezeichnung der Vertrag zwischen Auftraggeber und Drittem perfekt wird, so kann im Falle unbegründeter Zurückweisung der Auftraggeber dem Dritten damit nicht das Recht zerstören, Erfüllung des Vertrags zu fordern. Durch die unbegründete Ablehnung verzichtet jedoch der Auftraggeber seinerseits auf das Recht, den Dritten am Vertrag festzuhalten; der Letztere kann den Auftraggeber zur Erfüllung des Vertrags zwingen bezw. Schadensersatz fordern, und es finden hiefür die für den jeweils vermittelten Vertrag geltenden Regeln Anwendung. Gegen den Mäkler selbst hat der Dritte keinen Anspruch, abgesehen natürlich von dem Fall, daß sich der Mäkler dem Dritten gegenüber verbürgte, daß er auch wirklich werde angenommen werden.

Endlich ist es auch möglich, daß der Handelsmäkler auch dem Dritten eine Schlußnote mit vorbehaltener Aufgabe gegeben hat und den Auftraggeber dann benennt; hier hat der Handelsmäkler gegenüber beiden Parteien die Rechte und Pflichten, die ihm sonst nur gegenüber dem Auftraggeber zustehen; hier besteht dann auch für den Dritten die gleiche Gebundenheit an den Vertrag mit dem aufzugebenden Auftraggeber wie für diesen selbst.[144])

§ 11.

Anhang: die Bedeutung der gefundenen juristischen Konstruktion im Konkurse.

Es wurde soeben[145]) schon kurz auf die Bedeutung hingewiesen, die dem Umstand zukommt, daß der vermittelte Vertrag, wenn der Dritte rechtzeitig ein-

[143]) K. O. § 30 Ziff. 2.
[144]) R. G. 38, 187.
[145]) oben § 10 a. E.

wandfrei bezeichnet wird, bereits mit dem Augenblick der Annahme der Schlußnote durch den Auftraggeber als perfiziert gilt; wie oben gezeigt, kann dies hauptsächlich bei der Anfechtung im Konkurse bedeutsam sein.

Als Abschluß der vorliegenden Betrachtung sei nun gestattet, auf Grund der gefundenen juristischen Konstruktion den Fall des Konkurses für jede der drei in Betracht kommenden Personen, Auftraggeber, Mäkler, Dritten, kurz zu besprechen.

a) Durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Auftraggebers erlischt gemäß K. O. § 23 die Verpflichtung des Mäklers, tätig zu werden; dagegen bleibt der Dritte, wenn er zu diesem Zeitpunkt bereits aufgegeben war, an das Geschäft gebunden; es finden die Vorschriften der §§ 17 und 18 K. O. Anwendung: der Konkursverwalter kann Erfüllung verlangen bezw. bei Zeitgeschäften, die noch in Schwebe sind, nur eine Forderung wegen Nichterfüllung geltend machen, sofern sich ein Markt- oder Börsenpreis am zweiten Werktag nach Konkurseröffnung ermitteln läßt.

Der Dritte selbst kann gemäß § 17 Abs. III K. O. eine Entscheidung des Konkursverwalters darüber, ob er Erfüllung verlangen will, herbeiführen. Äußert sich der Verwalter nicht unverzüglich auf Erfordern, so kann er auf Erfüllung nicht bestehen. Die Forderung des Konkursverwalters auf Erfüllung bezw. wegen Nichterfüllung ist Masseforderung[146]), diejenige des Dritten Masseschuld[147]).

b) Der Konkurs des Mäklers wird dem Auftraggeber Veranlassung geben, vom Mäklervertrag zurückzutreten; dazu ist er, wie oben[148]) gezeigt wurde, jederzeit, selbst ohne besonderen Grund, berechtigt. Der Auftraggeber kann aber auch, solange noch nicht eine

[146]) K. O. § 17.
[147]) K. O. § 59.
[148]) in § 5.

einwandfreie Aufgabe gemacht und von ihm angenommen wurde, die Haftung des Mäklers für das Zustandekommen des zu vermittelnden Vertrags geltend machen und das Vertragsinteresse als Konkursforderung anmelden. Der Dritte tritt weder durch die Übergabe der Schlußnote noch durch die Bezeichnung in ein vertragliches Verhältnis zum Handelsmäkler, er ist deshalb hier nicht weiter zu berücksichtigen.

c) Der Konkurs des Dritten ist wiederum für den Mäkler bedeutungslos; nur insofern nicht, als der Auftraggeber einen Gemeinschuldner nicht als Aufgabe annehmen wird und dann die Haftung des Mäklers eintritt. Der Auftraggeber ist, wenn er die Aufgabe des Dritten angenommen hat und über dessen Vermögen sodann der Konkurs eröffnet wird, an den Vertrag mit ihm gebunden; es finden wieder, wie im Konkurse des Auftraggebers, die Vorschriften der §§ 17, 18, 59 K. O. Anwendung.